Die rechtliche Natur des Geschäfts

mit vorbehaltener Bezeichnung der Gegenpartei nach § 95 des Handelsgesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

eingereicht von

Emil Schiffer
Referendar aus Crefeld.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

Meiner Mutter

und dem Andenken meines Vaters.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

I. Geschichtliche Darstellung.

§ 1. Über die Entstehung des Geschäfts mit vorbehaltener Bezeichnung der Gegenpartei 3

§ 2. Die Entwicklung des Geschäfts mit vorbehaltener Bezeichnung der Gegenpartei an der Berliner Börse insbesondere . . . 21

§ 3. Der durch das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 geschaffene Zustand 30

II. Konstruktion.

§ 4. Grundlage 40

A. Die Gebundenheit der die Schlußnote mit dem Vorbehaltsvermerk annehmenden Partei an das Geschäft mit der nachträglich bezeichneten Partei.

§ 5. Die bisher versuchten Konstruktionen 44

§ 6. Eigene Konstruktion 57

§ 7. B. Der Selbsteintritt des Maklers 64

§ 8. Anhang. Abweichungen vom Regelfall 67

Literaturverzeichnis.

Akten der Korporation der Kaufmannschaft von Berlin. (zit. mit dem Aktenzeichen M.)

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Teil 2. Erlangen 1884.

Behrend, Schlußnoten mit vorbehaltener Aufgabe (§ 95 HGB.). In der Deutschen Juristenzeitung S. 371 ff. 1904.

Berger, Oeconomia iuris. Lipsiae 1728.

Böhmer, Exercitationes ad Pandectas. Tomus III u. IV. Hanoverae et Goettingae.

Brunnemann, Commentarius in quinquaginta libros Pandectarum. Friburgi 1714.

Carpzov II, Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica. Lipsiae et Francofurti 1694.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1. Abt. 1. 6. Aufl. Berlin 1900.

Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts. Bd. 2. 5. Aufl. Halle a. S 1897.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2. Abt. 1. 3. Aufl. Halle a. S. 1905.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Mannheim 1899.

Ehrenzweig, Die sogen. zweigliedrigen Verträge, insbesondere die Verträge zugunsten Dritter nach gemeinem und österreichischem Rechte. Wien 1895.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs.

Faber, Codex definitionum forensium et rerum in sacro Sabaudiae senatu tractatarum. Lipsiae 1706.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Berlin 1901.

Gutkind, Das Geschäft „an Aufgabe" (§ 95 HGB.). Leipziger Dissert. 1905.

Hamburger Maklerordnungen aus den Jahren 1679, 1692, 1708, 1740, 1792, 1816, 1817 u. 1824.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

Kierulff, Sammlung der Entscheidungen des Oberappellationsgerichts der freien Hansestädte zu Lübeck. Bd. 3. S. 741.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1902.

Levy von Halle, Der freie Handelsmakler in Hamburg und seine Stellung. In Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 16. Jahrg. Heft 4 S. 115 ff.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. Berlin 1906.

Naumann, Das Recht des Handelsmäklers. Leipziger Dissert. Borna-Leipzig 1903.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1. 3. Aufl. Berlin 1903.

Preußische Maklerordnung v. 15. 11. 1765. In Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium praecipue Marchicarum Bd. 3 Nr. 103. Berlin 1766.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgem. deutschen Handelsgesetzbuches, herausgegeben von J. Lutz. Würzburg 1858.

Rehbein-Reincke, Allgem. Landrecht für die preußischen Staaten. Bd. 1. 5. Aufl. Berlin 1894.

Ring, Der Entwurf eines Gesetzes betr. die Pflichten der Handelsmäkler. In Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allgem. deutschen Handels- und Wechselrechts Bd. 47 Heft 2 S. 122 ff. Berlin 1886.

Rumpf, Handbuch für Kaufleute inner- und außerhalb des preußischen Staates. Berlin 1825.

Salings Börsenpapiere. Erster (allgemeiner) Teil. 10. Aufl. Leipzig 1905.

Sohm, über Vertragsschluß unter Abwesenden und Vertragsschluß mit einer persona incerta. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 17 S. 16 ff.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1906.

Struck, Die Effektenbörse. Staats- und sozialwissenschaftliche Forschungen, herausgegeben von Gustav Schmoller. Bd. 3. Heft 3. Leipzig 1881.

Voet, Commentarius ad Pandectas. Tomus primus. Coloniae Allobrogum 1778.

Wagner, Finanzwissenschaft. Teil 2 2. Aufl. Leipzig 1890, Teil 3 Leipzig 1889.

Weber, Die Ergebnisse der deutschen Börsenenquete. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 43 S. 83 ff. und S. 457 ff.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546812_0095

Einleitung.

Die vorliegende Darstellung befaßt sich mit der rechtlichen Konstruktion eines Geschäftes, das im Börsenverkehr, und zwar sowohl an der Effekten- als auch an der Produktenbörse, schon seit langen Jahren eine häufige Erscheinung ist. Es handelt sich um das Geschäft mit vorbehaltener Bezeichnung der Gegenpartei, das, abgesehen von einer Bestimmung der Hamburger Maklerordnung aus dem Jahre 1824, bis zum Erlaß des neuen Handelsgesetzbuchs keine gesetzliche Regelung erfahren hatte, so daß bis dahin seiner rechtlichen Beurteilung ein weiter Spielraum gelassen war, innerhalb dessen sich denn auch die verschiedensten Ansichten gebildet hatten. Um nun der bestehenden Rechtsunsicherheit ein Ende zu bereiten, hielt der Gesetzgeber eine Regelung für wünschenswert, die er im § 95 HGB. geschaffen hat, ohne jedoch eine bestimmte Konstruktion für maßgeblich zu erklären. Eine solche zu suchen, bleibt daher der Wissenschaft überlassen, die sich damit bisher noch nicht sehr eingehend befaßt hat. Soweit dies geschehen ist, soll im folgenden zu den von ihr gefundenen Ergebnissen Stellung genommen werden und, falls sie nicht als befriedigend angesehen werden können, ein weiterer Versuch unternommen werden, die rechtliche Bedeutung des Vorbehaltes der Aufgabe festzustellen. Da es sich hier um eine Übung handelt, die sich im regen Börsenverkehr aus einem praktischen Bedürfnis heraus

entwickelt hat, so können wir ihre rechtliche Natur nur dann verstehen, wenn wir uns über die Verhältnisse, die zu ihrer Entstehung Veranlassung gegeben haben, einige Klarheit verschaffen. Dies geschieht zweckmäßig durch eine kurze geschichtliche Darstellung des Geschäftes.

I. Geschichtliche Darstellung.

§ 1.

Über die Entstehung des Geschäftes mit vorbehaltener Bezeichnung der Gegenpartei.

Die Übung, ein Geschäft unter Vorbehalt der späteren Bezeichnung einer Partei abzuschließen, ist nicht neu, sondern läßt sich schon für das 16. Jahrhundert in dem Rechtsinstitut der electio amici nachweisen. Mit der Einführung dieses Rechtsinstituts verfolgte man den Zweck, die aus gleich näher darzulegenden Gründen häufig notwendig gewesene doppelte Entrichtung der auf den Erwerbsgeschäften lastenden Verkehrssteuer zu umgehen.[1]) Viele, insbesondere die angeseheneren Leute, traten bei öffentlichen Feilbietungen nicht gern mit ihrem Namen hervor.[2]) Da ihnen aber, falls sie die Anonymität gewahrt wissen wollten, der Ausweg der direkten Stellvertretung verschlossen war, weil diese nach der älteren gemeinrechtlichen Doktrin die sofortige Namhaftmachung des Vertretenen verlangte, so blieb ihnen nichts anderes übrig, als sich eines indirekten Stellvertreters zu bedienen, der das Kaufgeschäft zunächst im eigenen Namen abschloß

---

[1]) vgl. zu den folgenden Ausführungen Ehrenzweig, Die sogen. zweigliedrigen Verträge S. 10ff.

[2]) Faber, Codex definitionum forensium lib. IV tit. 34 def. 1: ... propterea quod non facile honesti plerique viri ad emptionem accedentes nomina sua publicis eiusmodi actis inseri patiantur, veriti ne ambitiosum id aut invidiosum existimetur.

und dann den Kaufgegenstand vermittels eines zweiten Vertrages auf den Interessenten übertrug. Die auf den Kaufgeschäften lastende Verkehrssteuer mußte in solchem Falle, da es sich um zwei selbständige Kaufverträge handelte, zweimal entrichtet werden. Diesen lediglich aus der Verfolgung des einen Zweckes der Geheimhaltung des Namens entstehenden pekuniären Nachteil empfand man als eine große ungerechtfertigte Härte, einmal deshalb, weil die beiden Geschäfte nur rein äußerlich betrachtet als zwei Geschäfte sich darstellten, während sie als auf ein und dasselbe Ziel gerichtet wirtschaftlich eine Einheit bildeten, insbesondere aber deshalb, weil die den Anlaß zur doppelten Besteuerung gebende Übung, seinen Namen bei öffentlichen Verkäufen geheimzuhalten, eine damals allgemein beobachtete war,[3]) wie sich aus zahlreichen gerichtlichen Entscheidungen[4]) ergibt, in denen diese Übung um so eher als durchaus gerechtfertigt anerkannt wurde, als auch schon das römische Recht eine derartige Zurückhaltung billigte.[5]) So ging man denn dazu über, das Geschäft „pro amico" abzuschließen, d. h. derjenige, der bisher in der Rolle des indirekten Stellvertreters zunächst selbst als Vertragspartei aufgetreten war, schloß das Geschäft nicht mehr im eigenen Namen ab, sondern bezeichnete

---

[3]) s. Voet, Commentarius ad Pandectas lib. 18 tit. 1 No. 8: Sed et, si quis rem emat pro eo, quem postea nominaturus est, quasi alter in praesenti nolit tanquam emtor innotescere, aut nomen suum instrumento inscribi non patiatur, ... quod et moribus frequens est. — Vgl. ferner die oben Anm. 2 zitierte Stelle bei Faber.

[4]) Von denen Faber einige aus den Jahren 1588—1593 anführt; s. Faber lib. IV tit. 34 def. 1 ff.

[5]) l. 5 § 4 D. de auctor. et consensu tutor 26, 8 . . . . ut solent honestiores non pati nomina sua instrumentis inscribi. Vgl. Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht 2. Teil S. 291 Anm. 3.

als Gegenpartei einen sogen. „amicus“; erfolgte dann die Benennung des amicus durch den Mittelsmann innerhalb der dazu bestimmten Frist,[6]) so galt die Einheit des Geschäftes als gewahrt[7]) und die Steuer war infolgedessen nur einmal fällig.[8]) Später kam auch bei privaten Verkäufen die electio amici in Übung. Schließlich konnte man — dies galt sowohl bei privaten wie bei öffentlichen Verkäufen — nicht nur wie ursprünglich pro amico electo, d. h. für eine bereits bestimmte, aber noch nicht genannte, sondern auch pro amico eligendo, d. h. für eine vorläufig noch ungewisse, erst später auszuwählende Person kaufen.[9])

Dem Institut der electio amici begegnen wir begreiflicherweise zuerst in denjenigen Ländern, in welchen eine hoch entwickelte Volkswirtschaft, insbesondere ein lebhafter Verkehr und ein ausgedehnter Handel schon

---

[6]) die in Frankreich ursprünglich 40 Tage betrug; s. Faber a. a. O.: Sed ne fraudi locus relinquatur, optima ratione illud etiam receptum est, ut intra certum tempus electionem fieri oporteat, id est, intra quadraginta dies ab initio contractu numerandos. In Holland betrug die Frist ursprünglich 6 Wochen, später 3 Tage; s. Voet a. a. O.: In Hollandia propter quadragesimam pretii fisco pendendam ex edictis Ordinum anterioribus sex septimanarum spatium erat; at ex edicto anni 1623 solummodo triduum.

[7]) s. Faber a. a. O.: Ita ut licet non in continenti, sed distinctis temporibus contractuque separato ea fiat electio, unus tamen contractus, una emptio esse intelligatur. Vgl. dazu Note 6 bei Faber: Quoniam unica tantum dominii translatio est, quae fit a venditore in electum tanquam verum emptorem.

[8]) s. Faber a. a. O.: Inde fit, ut si ager venditus vectigalis vel emphyteuticarius esse dicetur, non nisi una laudimia, et quidem etiam ab electo debeantur.

[9]) s. Faber a. a. O.: ... moribus tamen nostris receptum est, ut quisquis sibi emere potest, possit etiam alii adeoque incertae personae, amico scilicet, ut vocant, aut electo, aut eligendo.

frühzeitig zur Ausbildung von Verkehrssteuern Veranlassung gegeben hat, wie vor allem in Frankreich, das die bei weitem großartigste, bis ins 15. Jahrhundert zurückreichende Entwicklung der Verkehrsbesteuerung aufzuweisen hat, und auch in Holland.[10]) In beiden Ländern besteht dieses Rechtsinstitut noch heute, und zwar in Frankreich unter der Bezeichnung élection d'ami und déclaration de command, in Holland unter der Bezeichnung Koop met verklaring van meester oder Keuze van vriend. Für Deutschland läßt sich die electio amici nicht nachweisen; wenigstens erwähnen von den bedeutenderen älteren Schriftstellern Benedictus Carpzov, Heinrich Berger, Johann Brunnemann und Justus Henning Böhmer an den einschlägigen Stellen ihrer hier in Betracht kommenden Werke[11]) dieses Institut mit keinem Wort. Dies scheint in Ansehung des Umstandes, daß der Codex Fabrianus, der die electio amici ziemlich ausführlich behandelt,[12]) auf die Gestaltung des Rechtes in Deutschland von nachhaltigem Einfluß war,[13]) zunächst auffällig, wird aber verständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die electio amici die Einrichtung von Verkehrssteuern zur Voraussetzung hatte und daß in Deutschland die Entwicklung gerade dieses Steuergebietes im Vergleich mit Frankreich und Holland sogar noch im 19. Jahrhundert sehr zurückgeblieben war.[14])

[10]) vgl. Wagner, Finanzwissenschaft Teil 2 S. 564 u. Teil 3 S. 151.

[11]) Benedictus Carpzov II, Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica; Heinrich Berger, Oeconomia iuris; Johann Brunnemann, Commentarius in libros Pandectarum; Justus Henning Böhmer, Exercitationes ad Pandectas, Tomus III u. IV.

[12]) Faber, Codex definitionum lib. 4 tit. 34 def. 1 ff.

[13]) Dernburg, Pand. Bd. 1 Abt. 1 S. 32 Anm. 9.

[14]) Wagner, Finanzwissenschaft Teil 2 S. 564.

Jedoch kennt das allgemeine Landrecht[15]) in dem Kauf für eine unbestimmte Person ein der electio amici nahe verwandtes Rechtsgeschäft. § 13 ALR. Teil 11 erklärt nämlich auch einen solchen Kaufvertrag für gültig, bei dem die Person des Käufers unbestimmt ist; es verlangt bezüglich der Bezeichnung des Käufers nur, daß aus dem Vertrage erhellt, „von wessen Entscheidung oder von welcher Begebenheit die nähere Bestimmung abhängen soll". Geschäfte der eben erwähnten Art waren aber vom Börsenverkehr ausgeschlossen, denn für die Makler bestand sowohl nach preußischem Recht[16]) wie auch nach anderen deutschen Partikularrechten[17]) bei der Vermittlung

---

[15]) ALR. I, 11 §§ 13—18.

[16]) § 28 preuß. Maklerordnung v. 1765 bestimmte: „Ein Makler soll vor sich oder auf seine Rechnung keine Waren, es sey aus der Hand oder bey öffentlichen Versteigerungen erhandeln, sondern auf Begehren des Verkäuffers, ihm so gleich den Käuffer, vor dem und in dessen Gewalt er bietet, nennen". Das ALR. II, 8 § 1330 bestimmte ebenfalls: „Wenn ein Makler bei öffentlichen Versteigerungen oder sonst Waren ersteht, muß er auf Erfordern des Verkäufers oder des Gerichts seinen Committenten sogleich namhaft machen".

[17]) So enthielt beispielsweise die Hamburger Maklerordnung v. 1679 wie auch diejenigen v. 1692 u. 1708 im Art. 4 die Vorschrift, daß die Makler „bey Schliessung der Partheyen den eigentlichen und wahrhafftigen Käuffer denen Verkäuffern zu nennen und die Nahmen auff Begehren schrifftlich zu geben gehalten seyn sollen". Eine ähnliche Bestimmung, die den Maklern verbot, „weder in Ausrüffen noch aus der Hand Waren zu kauffen, ohne daß sie so gleich bey Schliessung der Parthey auf Begehren des Verkäuffers ihren Käuffer nennen können", war in Art. 13 der Hamburger Maklerordnung von 1740 enthalten. — Die Darstellung bei Struck, Die Effektenbörse, in Schmollers Forschungen III, 3 S. 195, als habe das hamburgische Recht die Bestimmung, die den Makler stets zur sofortigen Kundgebung des Käufers verpflichtete, nicht aufgenommen, ist daher unrichtig. Vielmehr ist die Entwicklung der Hamburger Maklergesetzgebung die gewesen, daß sie die erste war, welche diese in ihrem Geltungsgebiet seit 1679 zu Recht bestehende Bestimmung dahin erweitert

von Kaufgeschäften die Verpflichtung, den Gegenkontrahenten sofort zu nennen.

Beruhte nun auch die den Makler zur sofortigen Kundgebung des Gegenkontrahenten verpflichtende Bestimmung, ebenso wie die mannigfachen anderen ihm auferlegten Beschränkungen, wie beispielsweise das Verbot des Eigenhandels und der Beteiligung an bestehenden Handelsgesellschaften, auf dem gerechtfertigten Bestreben, der Kaufmannschaft einen unparteiischen Vermittler zu sichern, so fanden andererseits die wachsenden Bedürfnisse des sich immer lebhafter entwickelnden Börsenverkehrs, insbesondere die Forderung nach Erleichterung des Zustandekommens von Verträgen, in ihr nicht die nötige Berücksichtigung. In den seltensten Fällen nämlich glichen sich die Kauf- und Verkaufaufträge aus, sondern meistens überwogen die einen, so daß es bezüglich des überschießenden Teiles von Aufträgen, selbst wenn diese sich nach der Lage des Marktes zu den aufgegebenen Bedingungen generell als ausführbar erwiesen, nicht zu weiteren Vertragsschlüssen kommen konnte. Hier würde nun das Fehlen der erwähnten Verpflichtung zur sofortigen Namhaftmachung der Gegenpartei insofern noch häufig zum Abschluß weiterer Verträge geführt haben, als der Makler im Vertrauen auf eine günstigere Konjunktur hätte aushelfend eintreten können, indem er das Geschäft für eine unbestimmte Person abschloß, etwa nach Maßgabe der auf den Kauf für einen unbestimmten Dritten bezüglichen Vorschriften des allgemeinen Landrechts.[18]) Je mehr nun der Verkehr durch die stetig zunehmende Zahl von Kauf-

hat, daß sie dem Verkäufer gestattete, den Makler von der Verpflichtung zur Namhaftmachung des Käufers auf gewisse Zeit zu befreien. Näheres darüber s. unten S. 9 f.

[18]) ALR. I, 11 §§ 13—18.

und Verkaufaufträgen an Ausdehnung gewann, desto häufiger trat natürlich der Fall ein, daß der Makler nicht „glatt" von der Börse ging, sondern mit mehr oder minder großen einseitigen — Kauf- oder Verkauf- — Engagements belastet blieb, für welche es ihm an einem geeigneten Gegenkontrahenten fehlte. Die Auftraggeber empfanden, sofern ihre unerledigt gebliebenen Aufträge nach der allgemeinen Marktlage zu den aufgegebenen Bedingungen ausführbar waren, die vollständige oder auch nur teilweise Nichterledigung ihrer Aufträge recht unangenehm, und es fiel ihnen um so schwerer, sich mit dieser Tatsache als einer durch die Verkehrsverhältnisse etwa notwendig bedingten und unabänderlichen Erscheinung abzufinden, als diese durch die Aufhebung einer einzigen gesetzlichen Bestimmung, wenn auch nicht ganz beseitigt, so doch wesentlich gemildert worden wäre und der Aufhebung der in Betracht kommenden Gesetzesvorschrift kaum ein nennenswertes Hindernis im Wege stand, sie vielmehr, wie aus dem Gesagten erhellt, im Interesse einer Erleichterung und Förderung des Handelsverkehrs geradezu geboten war.

Zu einer freieren, vor allem diese Bedürfnisse des Verkehrs berücksichtigenden Gestaltung des Maklerrechts kam zuerst Hamburg. Die Hamburger Maklerordnung von 1792 hält allerdings im § 11 Abs. 3 an dem schon in den älteren Maklerordnungen[19]) aufgestellten Grundsatz fest, daß der Makler auf Verlangen des Verkäufers den Käufer sogleich zu nennen verpflichtet ist, und erklärt andernfalls den Kauf für ungültig; sie gibt jedoch, einem schon lange empfundenen Bedürfnis Rechnung tragend, im Abs. 4 dem Verkäufer die Möglichkeit, „den Mäkler

[19]) s. Anm. 17.

auf eine gewisse, unter beiden verabzuredende Zeit von der Aufgabe des Käufers oder der Käufer zu dispensiren", und verpflichtet im Abs. 5 den Verkäufer, die Ware innerhalb drei Tagen an den vom Makler angezeigten Käufer zu liefern, und letzteren, den um ein halbes Prozent gekürzten Kaufpreis auf Verlangen des Verkäufers sogleich zu bezahlen, sonst soll die Anzeige als nicht geschehen angesehen werden. Diese die Aufgabe des Käufers betreffende Bestimmung ist unter Auslassung der im Abs. 5 gegebenen Verpflichtungen wörtlich in die Hamburger Maklerordnungen von 1816 und 1817[20]) aufgenommen und später in der revidierten Maklerordnung v. 9. 12. 1824 um eine praktisch sehr bedeutende Vorschrift, welche die für den Makler bei nicht rechtzeitiger Benennung des Käufers eintretenden Folgen regelt, erweitert worden. Die Maklerordnung von 1824 bestimmt nämlich zunächst im § 10 Abs. 1 anschließend an § 11 Abs. 3 u. 4 der Maklerordnung von 1792, daß „der Mäkler schuldig ist, nach geschlossenem Handel, selbiger sey unter der Hand oder in Auktion getroffen, sogleich oder, falls eine Zeit zur Aufgabe zwischen dem Kaufmann und ihm verabredet ist, vor Ablauf dieser Zeit, den oder die Käufer zu nennen", und fügt im Abs. 2 die wichtige Bestimmung hinzu, daß dem Verkäufer, wenn der Makler die rechtzeitige Aufgabe des Käufers unterläßt, das Recht zusteht, „entweder den Handel als nicht geschehen zu betrachten und über seine Ware anderweitig zu verfügen oder auch die Ware sofort für Rechnung des Mäklers öffentlich verkaufen zu lassen — wozu es keiner „gerichtlichen Befugnis", sondern bloß einer Anzeige der Zeit und des Ortes an den Mäkler bedarf — und den etwaigen

[20]) s. § 10 Abs. 5 der zitierten Maklerordnungen.

Schaden von ihm als eine liquide Schuld zu fordern". Erst die zuletzt erwähnte Bestimmung macht den Vorbehalt der Aufgabe praktisch besonders wertvoll. Denn sie gewährt dem Auftraggeber, der mit dem Makler eine Zeit zur Aufgabe des Käufers verabredet hat, die Möglichkeit, falls das Geschäft nicht durch rechtzeitige Benennung des Gegenkontrahenten seine ordnungsmäßige Erledigung finden sollte, die Ware sofort und ohne gerichtliche Ermächtigung für Rechnung des Maklers verkaufen zu lassen und dadurch einen Ersatz seines rechtlichen Interesses an dem Zustandekommen des Geschäftes zu erlangen. Der Makler hat damit allerdings eine unter Umständen nicht unbedeutende persönliche Verpflichtung übernommen, von der er aber frei wird, sobald er einen Käufer namhaft macht.

In der erwähnten Bestimmung, durch welche Hamburg — wohl infolge des vom Handelsstande auf die Gesetzgebung ausgeübten Einflusses — allen übrigen Staaten voran das Maklerrecht dem neuzeitlichen Geiste entsprechend fortgebildet hat, tritt uns die erste gesetzliche Regelung des zum Gegenstand der vorliegenden Arbeit gewählten eigenartigen Geschäftes entgegen. Begreiflicherweise ist die Gestaltung des Handelsverkehrs in der oben angedeuteten Weise keineswegs eine Eigentümlichkeit des Hamburger Handelsverkehrs; vielmehr läßt sich genau die gleiche Entwicklung für die übrigen Börsenplätze, wie beispielsweise für Berlin, Bremen [21]) und Frankfurt a. M.

---

[21]) Hier kamen außer den Regelfällen, in denen die Makler wegen des Nichtausgleichs von Angebot und Nachfrage gezwungen waren, sich die Bezeichnung der Gegenpartei vorzubehalten, sehr häufig noch andere Fälle vor, die dem Makler die sofortige Namhaftmachung des Gegenkontrahenten unmöglich machten. Diese besonders im Wechselgeschäft oft beobachteten Fälle werden in einem an eine Berliner Firma gerichteten

nachweisen. Um so nachdrücklicher muß die Tatsache hervorgehoben werden, daß im Gegensatz zu Hamburg die Gesetzgebung der übrigen Staaten mit der wirtschaftlichen Entwicklung nicht in derselben Weise Schritt gehalten und die Bedürfnisse des Börsenverkehrs nicht in gleichem Maße in den Kreis ihrer Berücksichtigung gezogen hatte, wie dies in Hamburg geschehen war. Trotzdem auch an den übrigen Plätzen die Entwicklung des Börsenverkehrs immer mehr die Neugestaltung der Maklergesetze notwendig machte und diese Notwendigkeit von den maßgebenden Kreisen der Kaufmannschaft erkannt und zu wiederholten Malen geltend gemacht worden war, verharrte dort die Gesetzgebung noch lange auf dem einmal eingenommenen Stande. So enthielt, was Preußen angeht, das seit dem 1. 6. 1794 geltende allgem. Landrecht II, 8 §§ 1305—1388 das bis zum 1. 3. 1862, dem Tage des Inkrafttretens des allgem. deutschen Handelsgesetzbuches, unverändert zu Recht bestehende Maklergesetz, das zufolge der dem Makler in § 1330 auferlegten Pflicht, seinen Kommittenten sogleich namhaft zu machen,[22]) der Anwendung des Geschäftes mit

---

Schreiben eines Bremer Bankhauses v. 22. 1. 1863 wie folgt dargestellt: „. . . ein Haus sagt seinem Makler (um ihn zeitig zu orientieren), es werde morgen 4—5000 £ wahrscheinlich brauchen. London ist begehrt und fehlend; der Makler findet aber einen Posten, der ihm preiswert erscheint, und „nimmt" ihn — natürlich nur, um das Interesse seines Kommittenten bestens zu wahren. Letzterer aber kommt morgen mit seinem Auftrage noch nicht heraus, sondern vielleicht erst am nächsten Posttag; der Makler kann folglich nicht sogleich empfangen, er verkauft vielleicht inzwischen an ein anderes Haus oder gibt einstweilen einen fingierten Käufer auf — immer ohne im Augenblick des Kaufes den Gegenkontrahenten nennen zu können", s. Akten der Berliner Kaufmannschaft (M. 56 Bd. 1 Bl. 153).

[22]) s. Anm. 16.

vorbehaltener Bezeichnung der Gegenpartei keinen Raum ließ. Denselben Standpunkt nahm auch noch das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch ein, welches das Maklerwesen neu regelte und in Preußen unter gleichzeitiger Außerkraftsetzung der oben angezogenen landrechtlichen Bestimmungen über die Makler mit dem 1. 3. 1862 gesetzliche Geltung erlangte.[23]) Es hielt — allerdings in Verkennung der tatsächlichen Verhältnisse, die den Makler zur Wahrnehmung des Interesses seiner Kommittenten häufig zwangen, nicht nur als bloßer Vermittler, sondern auch als Eigenhändler oder Kommissionär aufzutreten[24]) — streng an der überkommenen Rechtsanschauung, wonach der Makler ein unparteiisch zwischen den Kontrahenten stehender Vermitter ist, fest und untersagte ihm infolgedessen alles, was mit der durch seine Vertrauensstellung und Beamtenqualität gebotenen Pflicht zur Unparteilichkeit nicht vereinbar war.[25]) Da nun der Makler bei dem Geschäft mit vorbehaltener Bezeichnung der Gegenpartei, wie es das hamburgische Recht kannte, eine persönliche Verpflichtung übernahm[26]) und dadurch aus seiner unparteiischen Stellung trat, so mußte das Handelsgesetzbuch, wenn es nicht zu der von ihm bei der Regelung des Maklerwesens verfolgten Tendenz, der Kaufmannschaft in dem Makler einen unparteiischen Vermittler

[23]) Preuß. EG. z. ADHGB. v. 24. 6. 1861 Art. 1 u. 60 Ziff. 1.

[24]) So sagt Weber — s. die Ergebnisse der deutschen Börsenenquete in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 43 S. 159 — vom Makler: „er ist teils sofort, teils in eventum, teils für alle Geschäfte, teils für Bruchteile (die sogen. „Spitzen"), teils gar nicht Kontrahent auf eigenen Namen, er ist es teils gar nicht, teils zum Teil, teils immer für eigene Rechnung"; vgl. ferner Levy v. Halle, Der freie Handelsmakler in Hamburg und seine Stellung, in Schmollers Jahrb. Bd. 16, 4 S. 137

[25]) vgl. Art. 69 ADHGB.

[26]) s. oben S. 11.

zu sichern, in Widerspruch treten wollte, von der Aufnahme einer Bestimmung, die ihm den Vorbehalt einer späteren Aufgabe des Käufers oder Verkäufers gestattete, absehen. Dies ist denn auch geschehen und dem Makler in Art. 73 ausdrücklich die Pflicht auferlegt, in der jeder Partei nach Abschluß des Geschäftes unverzüglich zuzustellenden Schlußnote außer anderen hier nicht interessierenden Tatsachen die Namen beider Kontrahenten zu verzeichnen. Außerdem statuierte Art. 69 Ziff. 1 für die Makler das Verbot der Übernahme von eigenen Verpflichtungen bei den ihnen aufgetragenen Geschäften. Doch mag nicht unerwähnt bleiben, daß in der zur Beratung des Handelsgesetzbuchs seit dem 15. 1. 1857 in Nürnberg tagenden Konferenz ein von mehreren Seiten unterstützter Antrag eingebracht worden war, der auf ähnliche Weise wie das Geschäft mit vorbehaltener Bezeichnung der Gegenpartei das Zustandekommen von Verträgen durch das persönliche Dazwischentreten des Maklers zu erleichtern anstrebte, indem diesem das Recht eingeräumt werden sollte, „bei Übernahme einer Vermittlung sich für die Ausführung des ihm erteilten Auftrages zu einem bestimmten Preise und für die Solvabilität des Käufers persönlich verbindlich zu machen". Dieser Antrag wurde jedoch mit überwiegender Mehrheit — mit 11 gegen 3 Stimmen — unter Hinweis darauf abgelehnt, daß die teilweise Zulassung von Bürgschaften und Eigenhandel „zu einem gefahrbringenden Schwindel führen und den Stand der Mäkler zu einem unsoliden machen würde". Denn von dem Makler, der als Bürge aus einem Geschäfte mit seinem eigenen Vermögen hafte, dürfe in vielen Fällen kein unparteiisches Zeugnis erwartet werden, und von dem Makler, der eine Quantität gewisser Fonds oder Waren übernommen habe, müsse

befürchtet werden, daß er auf die Kurse im Interesse der Verkäufer zu wirken versuche oder daß er für den Auftraggeber, von dem er übernommen, größeren Fleiß entwickele als für den, der ihm gleiche Objekte ohne Übernahme aufgegeben habe; auch ließe sich die unparteiische Feststellung der Kurse durch die übernehmenden Makler nicht mit Sicherheit erwarten.[27]) Die Maklerbestimmungen des Handelsgesetzbuches bezogen sich aber nur auf die „Handelsmäkler", d. h. auf die amtlich bestellten Vermittler für Handelsgeschäfte. Diesen hatte das Handelsgesetzbuch die ihnen nach dem bisherigen Recht ausschließlich zustehende Befugnis zur Vermittlung von Verträgen genommen und jedem das Recht zur Geschäftsvermittlung eingeräumt, so daß wir fortan — von der den Landesgesetzen in Art. 84 Abs. 2 ADHGB. gegebenen Erlaubnis, das Vermittlungsmonopol für die Handelsmakler wiederherzustellen, hat kein Staat Gebrauch gemacht[28]) — zwei Kategorien rechtlich zugelassener Makler zu unterscheiden haben: Handelsmakler und Privathandelsmakler.[29]) Während, wie gesagt, die ersteren

[27]) s. hierüber die Nürnberger Prot. zum HGB. (15. Sitzung) S. 116—119 und (113. Sitzung) S. 967 f.

[28]) Für Preußen s. EG. z. ADHGB. Art. 9 § 2: Den Handelsmaklern steht ein ausschließliches Recht zur Vermittlung von Handelsgeschäften nicht zu.

[29]) Allerdings gab es auch schon früher außer den beeidigten Handelsmaklern noch eine zweite Kategorie von Maklern, die aber im Gegensatze zu den Privatmaklern rechtlich nicht zugelassen waren, sondern, wie schon die ihnen beigelegte Bezeichnung „Pfuschmakler" oder „Bönhasen" andeutet, ihre Tätigkeit unbefugterweise, nämlich unter Verletzung des den beeidigten Handelsmaklern vor Erlaß des ADHGB. eingeräumten Vermittlungsmonopols ausübten. Doch ist gegen ihr ungesetzliches Tun kaum jemals ernstlich vorgegangen worden, da man einen wirklich schädlichen Einfluß der Pfuschmakelei auf den Verkehr niemals nachgewiesen hat.

und zwar nur diese — den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches unterworfen waren, erfreuten sich die Privatmakler bei Ausübung ihrer Vermittlertätigkeit der größten Bewegungsfreiheit, die ihnen insbesondere gestattete, von dem Vorbehalt der Gegenpartei unbehindert Gebrauch zu machen.

Mit der Beibehaltung des Institus der vereideten Handelsmakler, denen das Gesetz zahlreiche Pflichten und Beschränkungen auferlegte, um jedes eigene Interesse an den von ihnen vermittelten Geschäften auszuschließen und dadurch die unbedingte Glaubwürdigkeit aller Eintragungen in ihre mit weitgehender Beweiskraft ausgestatteten Tagebücher und Schlußnoten zu sichern, sowie mit der Zulassung der freien Privatmakler, die nicht an die den Abschluß von Geschäften erschwerenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuches gebunden waren, glaubte die Nürnberger Kommission den berechtigten Forderungen aller Beteiligten in genügendem Maße Rechnung getragen zu haben in der Erwägung, daß dem Kaufmanne, der besonderen Wert darauf legt, die Ausführung seines Auftrags einem möglichst zuverlässigen und unparteiischen Vermittler zu übertragen, in dem vereideten Handelsmakler ein vertrauenswürdiger Unterhändler gegeben sei, während der Kaufmann, dem es um schleunige Erledigung seines Auftrages zu tun ist und infolgedessen vom Makler sofortige Übernahme zu festen Bedingungen verlangt, in dem durch keine gesetzlichen Schranken in seiner Bewegungsfreiheit gehemmten Privatmakler den geeigneten Mann dazu finde. Wie sehr sich aber die Kommission hierin getäuscht hatte, sei an dieser Stelle nur andeutungsweise erwähnt. Darauf näher einzugehen, werden wir weiter unten Gelegenheit nehmen müssen, aber auch dort soll dies nur so weit geschehen,

wie es zum Verständnis der weiteren Entwicklung des Geschäftes mit vorbehaltener Aufgabe der Gegenpartei erforderlich ist.

Vorher sei noch mit einigen Worten geschildert, wie man sich in Hamburg zu der Einführung der Maklerbestimmungen des Handelsgesetzbuches stellte. Hierüber einiges zu erfahren ist von um so größerem Interesse, als gerade dort das Maklerwesen schon seit langer Zeit eine im Vergleich zu dem durch das Handelsgesetzbuch geschaffenen Zustand wesentlich freiere Gestaltung erfahren hatte. Das gilt nicht nur von der bereits erwähnten Gestattung des Vorbehalts einer späteren Aufgabe des Käufers, sondern noch von vielen anderen Punkten, von denen als wichtigster die den Maklern zugestandene Befugnis zu nennen ist, sich für die Erfüllung der von ihnen vermittelten Geschäfte zu verbürgen. Daher würde die unveränderte Einführung der Vorschriften des Handelsgesetzbuches in Hamburg eine Hemmung, ja geradezu eine gewaltsame Zurückschraubung der Entwicklung bedeutet haben.

Die zur Beratung des Handelsgesetzentwurfs von Senat und Bürgerschaft eingesetzte Kommission war zwar auf Grund des Art. 84 dieses Entwurfs, der den Landesgesetzen gestattete, die Maklervorschriften nach Maßgabe der örtlichen Bedürfnisse zu ergänzen und den den Handelsmaklern zugewiesenen Kreis von Amtsverrichtungen und Befugnissen oder den Umfang ihrer Pflichten zu erweitern oder einzuschränken, in der Lage gewesen, die aus den Bedürfnissen eines sich immer mannigfaltiger gestaltenden Verkehrslebens entstandenen freiheitlichen Gewohnheiten der vereidigten Handelsmakler auch für die Folge aufrechtzuerhalten. Hierzu konnte sich die Kommission jedoch nicht entschließen, einmal aus dem Grunde, weil sie Be-

denken trug, ob die bisherige Freiheit in Einklang zu bringen sei mit der durch Art. 77 ADHGB. festgesetzten weitgehenden Beweiskraft der Maklerbücher und Schlußnoten, und zum anderen deshalb, weil sie sich von vornherein darüber im klaren war, nur ein Provisorium zu schaffen, dem bald eine Revision der Maklerbestimmungen oder gar die vollständige Aufhebung des Instituts der vereideten Makler folgen sollte. So führte man denn in Hamburg die Maklerbestimmungen des Handelsgesetzbuches, das dort am 1. 5. 1866 in Kraft trat, fast unverändert ein — die wenigen Änderungen kommen hier nicht in Betracht —, wodurch gemäß § 11 Abs. 1 hamburg. EG. z. HGB. die seit dem 1. 3. 1825 geltende Maklerordnung von 1824 so weit aufgehoben wurde, als ihr die Vorschriften des Handelsgesetzbuches und des Einführungsgesetzes entgegenstanden.[30]) Schon auf Grund dieser Bestimmung wäre das nach dem bisher geltenden Recht an der Hamburger Börse gestattete Geschäft mit vorbehaltener Bezeichnung der Gegenpartei weiterhin nicht mehr anwendbar gewesen, da ja die Vorschriften des Handelsgesetzbuches der Anwendung jenes Geschäftes keinen Raum ließen, so daß es einer besonderen Vorschrift hierüber nicht mehr bedurfte. Trotzdem erklärte § 11 Abs. 2 EG. nochmals ausdrücklich, daß der nach § 10 der Maklerordnung den Maklern bisher verstattete Vorbehalt einer späteren Aufgabe des Käufers in Zukunft nicht mehr zulässig sei.

Auch in Hamburg haben wir, da dort von dem Recht zur Wiederherstellung des Vermittlungsmonopols für die vereidigten Handelsmakler kein Gebrauch gemacht wurde, zwischen Handelsmaklern einerseits und Privatmaklern andererseits zu unterscheiden. Denn § 15 Abs. 1 hamburg.

---

[30] s. Levy v. Halle a. a. O. S. 132 f.

EG. z. ADHGB. läßt ausdrücklich zu, daß Geschäfte jeglicher Art in Zukunft auch durch unbeeidigte Unterhändler vermittelt werden können. Über die Stellung der Handelsmakler und Privatmakler zu den Maklervorschriften des Handelsgesetzbuches gilt das gleiche, was darüber früher ausgeführt wurde, nämlich daß nur die Handelsmakler ihnen unterworfen waren, während für die Privatmakler kaum eine gesetzliche Schranke,[31]) vor allem nicht das Verbot des Vorbehalts einer späteren Aufgabe des Käufers bestand.

Wie bereits angedeutet wurde, entsprach die Wirkung der durch das Handelsgesetzbuch vollzogenen Regelung des Maklerwesens nicht im geringsten den von der Nürnberger Kommission an sie gestellten Erwartungen. Denn die Handelsmakler konnten infolge der ihnen auferlegten gesetzlichen Beschränkungen den sich stetig steigernden Bedürfnissen des Verkehrs, insbesondere dem Bedürfnis nach sofortiger fester Übernahme der Aufträge in keiner Weise entsprechen, während die Privatmakler vermöge der ihnen eingeräumten freien Stellung allen Anforderungen des Verkehrs unbehindert zu genügen vermochten. Da außerdem die Praxis der Beweiskraft der Tagebücher und Schlußnoten keinen allzu hohen Wert beimaß, weil man, wie die Erfahrung lehrte, den unbeeideten Vermittlern dasselbe Vertrauen wie den beeideten entgegenbringen konnte, so verschob sich die Lage immer mehr zuungunsten der amtlichen Vermittler, die von seiten der freien Makler eine erdrückende Konkurrenz zu erleiden hatten. Diesem Zustand gegenüber vermochten die vereideten Makler

[31]) Das hamburg. EG. z. HGB. zählt in § 16 nur wenige, für die vorliegende Darstellung nicht in Frage kommende Vorschriften auf, die „auch auf solche Personen Anwendung finden, welche, ohne Makler zu sein, gewerbsmäßig Maklergeschäfte betreiben".

nichts anderes zu tun, als auf ihre amtliche Würde zu verzichten oder, was auch häufig geschehen ist, sich einfach über die Gesetzesvorschriften hinwegzusetzen. In Hamburg, wo die vereideten Vermittler die Nachteile der neuen Maklerbestimmungen besonders hart empfinden mußten, legte schon an den ersten beiden Tagen nach deren am 1. 5. 1866 erfolgten Inkrafttreten der weitaus größte Teil der Makler, darunter alle bedeutenden, wohl in der richtigen Voraussicht, bei gewissenhafter Befolgung der Gesetzesvorschriften kaum eine nennenswerte Tätigkeit entfalten zu können, sein Amt nieder. Wie gut der Verkehr die amtlichen Vermittler (ohne irgendwelche Nachteile für die Sicherheit) entbehren konnte, bewies die Tatsache, daß man sich schon nach wenigen Jahren — durch das mit dem 1. 1. 1872 in Kraft tretende Gesetz vom 6. 12. 1871 — zur vollständigen Aufhebung des Instituts der vereideten Makler entschloß, wozu man in Bremen sogar schon mit dem 1. 1. 1868 übergegangen war.[32])

So kannte denn das Recht der freien Städte ein Verbot des Geschäftes mit vorbehaltener Aufgabe der Gegenpartei fernerhin überhaupt nicht mehr. Wesentlich anders sah es noch lange in Preußen aus, wo man sich, trotzdem auch hier die tatsächlichen Verhältnisse immer mehr nach einer freiheitlicheren Gestaltung des Maklerrechts drängten, noch nicht zu irgend einer Änderung nach dieser Richtung entschließen konnte.

---

[32]) s. Struck a. a. O. S. 213 ff. u. Levy v. Halle a. a. O. S. 133 f.

§ 2.

Die Entwicklung des Geschäftes mit vorbehaltener Bezeichnung der Gegenpartei an der Berliner Börse insbesondere.

Bei der Bedeutung, welche die Berliner Börse für unseren gesamten Handel hat, sowie mit Rücksicht auf den Einfluß, den Preußen auf die Reichsgesetzgebung im allgemeinen, insbesondere aber auf die Ausgestaltung des allgem. deutschen Handelsgesetzbuches dadurch gewonnen hat, daß der von der preußischen Regierung eingebrachte Entwurf von der Nürnberger Kommission zur Grundlage ihrer Beratungen gemacht wurde,[1]) erscheint es angebracht, den Gang der Entwicklung des in der vorliegenden Arbeit behandelten Geschäftes an dem Hauptbörsenplatz Preußens und zugleich des Deutschen Reiches etwas genauer zu verfolgen. Zu diesem Zwecke müssen wir, da die Entwicklung des fraglichen Geschäftes mit der des gesamten Maklerwesens eng verknüpft ist und daher für sich allein in vollständiger Loslösung von dieser schlechterdings nicht dargestellt werden kann, auf die Ausgestaltung des Maklerinstituts im allgemeinen eingehen. Dies soll jedoch nur so weit geschehen, als die Entwicklung des Maklerwesens zu derjenigen unseres Geschäftes in Beziehung steht und deren Darstellung unbedingt notwendig ist, um ein einigermaßen deutliches Bild von dem Entwicklungsgang des Geschäftes mit vorbehaltener Bezeichnung der Gegenpartei zu gewinnen.

Schon früh — etwa zu Beginn des vorigen Jahrhunderts — hatte auch an der Berliner Börse der Verkehr freiere Formen angenommen, und zwar durch das aller-

[1]) s. Nürnberger Prot., zweite vorbereitende Sitzung v. 17. 1. 1857 S. 6.

dings ungesetzliche, aber auf einem nicht zu leugnenden Bedürfnis beruhende Vorgehen der sogen. Pfuschmakler, die, nicht durch die strengen Vorschriften der Maklerordnung eingeengt, allen Wünschen ihrer Auftraggeber nach Möglichkeit entsprachen und vor allem dem Verlangen nach sofortiger fester Übernahme der ihnen erteilten Aufträge bereitwilligst entgegenkamen und auch Bürgschaft leisteten.[2]) Die vereideten Makler, welche infolge der bestehenden Maklerbestimmungen die Grenzen der bloßen Geschäftsvermittlung nicht überschreiten und keine eigenen Verpflichtungen übernehmen durften, wie dies die Pfuschmakler taten, sahen sich durch deren Gebaren in ihrer Geschäftstätigkeit stark beeinträchtigt und strebten daher deren unbedingte Ausschließung vom Börsenverkehr an. So wurde denn nach einigen Jahren ein diese Wünsche berücksichtigender Entwurf zu einer neuen Maklerordnung ausgearbeitet;[3]) doch ließ man diese Angelegenheit, „weil sie nicht nach dem Wunsche der Ältesten: der Pfuscherei dadurch ein Ziel zu setzen, auszuführen ist, teils nicht von sonstigem erheblichen Nutzen sei, vorläufig auf sich beruhen";[4]) Gesetz ist dieser Entwurf auch später niemals geworden. Überhaupt ist außer von seiten der vereideten Vermittler gegen die Pfuschmakler nie ernstlich vorgegangen worden, da man einen wirklich schädlichen Einfluß der Pfuschmakelei auf den Verkehr niemals nachgewiesen hat; man nahm vielmehr an, wie die Motive

[2]) Schreiben der sämtlichen vereideten Wechsel- und Fondsmakler v. 17. 10. 1820 (M. 1 Bl. 28); ferner ein solches der vereideten Warenmakler v. 10. 11. 1820 (M. 1 Bl. 51 f.).

[3]) Entwurf einer Maklerordnung v. 16. 11. 1826 (vgl. M. 4 Bl. 29 ff.).

[4]) Schreiben vom Oberbürgermeister, Bürgermeister und Rat der Berliner königlichen Residenzen v. 28. 6. 1833 (M. 4 Bl. 104).

zum Entwurf einer Maklerordnung für Berlin sagen,[5]) „daß der Begriff der Pfuschmakelei keinen anderen Boden hat als das natürliche Bestreben der Makler, ihren Broterwerb nicht geschmälert zu sehen". In der Tat läßt sich nicht leugnen, daß die Pfuschmakler mit der durch ihre Tätigkeit eingebürgerten Gewohnheit des „Übernehmens" und der Verbürgung einem nicht unbedeutenden Verkehrsbedürfnis entgegenkamen. Die Kauf- und Verkaufaufträge, deren Zahl mit der früher unbekannten Ausdehnung des kaufmännischen Kommissionsgeschäftes immer größer wurde, erforderten vielfach unverzügliche Erledigung. Da nun bei der bedeutend gesteigerten Anzahl der am Börsenverkehr Beteiligten sich das Geschäft nicht mehr in den primitiven Formen der Vermittlung von Person zu Person bewegen konnte und die Makler infolgedessen im Augenblick der Auftragerteilung noch gar nicht wissen konnten, ob sie für das Geschäft einen passenden Gegenkontrahenten finden würden, so blieb ihnen, da der Auftraggeber seinerseits unbedingt alsbaldige Gewißheit über die Ausführung seines Auftrags haben wollte, nichts anderes übrig, als sogleich positiv zu erklären, daß sie das Geschäft „übernehmen" wollten. Hiermit dienten sie den Interessen der Kaufmannschaft um so mehr, als die amtlichen Vermittler infolge der ihnen auferlegten zahlreichen Pflichten gänzlich außerstande waren, diesem Bedürfnis zu entsprechen und den von den Auftraggebern in dieser Hinsicht an sie gestellten Anforderungen zu genügen. Es ist nicht auffallend, daß schließlich auch die vereideten Makler, um nicht vollständig durch die starke Konkurrenz der unvereideten Vermittler

---

[5]) Mot. z. Entw. einer Maklerordnung für Berlin v. 29. 7. 1854 (M. 56 Bd. 1 Bl. 25).

beiseite geschoben zu werden, mit derselben Bereitwilligkeit wie diese in die Bedingungen sich fanden, welche die Natur der Verhältnisse erheischten, und ungeachtet aller gesetzlichen Beschränkungen und Verpflichtungen auf Verlangen des Auftraggebers sich dazu bereit erklärten, das in Auftrag genommene Geschäft sofort unter den gestellten Bedingungen fest zu „übernehmen". Betrachten wir diese Erklärung der Übernahme näher, so finden wir, daß sie nach Inhalt und Bedeutung im wesentlichen mit dem Geschäft mit vorbehaltener Bezeichnung der Gegenpartei übereinstimmt, so daß wir die Usance des „Übernehmens" als den Vorläufer des den Gegenstand der vorliegenden Arbeit bildenden Geschäftes ansprechen können. Denn in der erwähnten „Erklärung liegt, wie ein jeder Kaufmann weiß, noch keineswegs ohne weiteres der Eintritt des Maklers in das Geschäft als Selbstkäufer oder Verkäufer, sondern nur die Zusicherung, eine dem Auftraggeber konvenierende „Aufgabe zu machen", d. h. einen ihm konvenierenden Kontrahenten für dasselbe zu beschaffen, aber unter der Verpflichtung des Maklers, für eine etwaige Preis- oder Kursdifferenz selbst aufzukommen. Der Makler wird seiner Verpflichtung frei, sobald er eine „Aufgabe" macht, die sein Auftraggeber akzeptiert, und er haftet dann keineswegs für die Erfüllung der Verbindlichkeit des dritten Kontrahenten aus dem Hauptgeschäft und hat für letzteres überhaupt nur dann einzustehen, wenn er gar keinen dritten Kontrahenten findet und aufgibt".[6]) Trotzdem sich das Maklergeschäft nicht nur in Berlin, sondern auch an anderen großen Börsenplätzen in der beschriebenen Weise gestaltet hat und man

[6]) Mot. z. Entw. einer Berliner Maklerordnung v. 30. 3. 1863 (M. 56 Bd. 1 Bl. 194 ff.).

daher in den beteiligten Kreisen bald erkannte, daß die aus einer längst verflossenen Zeit stammenden Maklervorschriften durchaus mangelhaft waren,[7]) insbesondere die veränderten Verkehrsverhältnisse eine Erweiterung der Funktionen der Makler notwendig bedingten,[8]) hielt das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch, das als wesentliche Neuerung nur die rechtliche Zulassung der unbeeideten Makler brachte, in Art. 69 an den Beschränkungen für die Handelsmakler fest und glaubte mit dieser Regelung des Maklerwesens die Forderungen aller Beteiligten genügend berücksichtigt zu haben.[9]) Während in Hamburg, wie wir gesehen haben, die meisten vereideten Makler, um bei Ausübung ihrer Tätigkeit nicht im Widerspruch mit dem Gesetz handeln zu müssen, auf ihre amtliche Würde verzichteten — ein Schritt, zu dem auch in Stettin die Mehrzahl der Makler sich entschloß —, machten sich die Vermittler an der Berliner Börse weniger Gewissensbisse: sie behielten die amtliche Stellung bei, kümmerten sich aber wenig um die ihnen vom Gesetz auferlegten Pflichten, indem sie auch fernerhin auf ausdrückliches Verlangen der Auftraggeber Geschäfte sofort fest „übernahmen". Daß die Makler „aus dem Grunde dieser Gesetzesverletzung nicht ein Titelchen der Achtung und des Vertrauens bei ihren Kommittenten eingebüßt haben, und zwar, wie hinzugefügt werden muß: für den Sachkenner mit vollem Recht",[10]) bedarf kaum einer weiteren Begründung; kamen doch die Makler hiermit den Interessen der Kaufmannschaft entgegen, der an der

[7]) Schreiben der Ältesten der Berliner Kaufmannschaft v. 16. 9. 1853 an den Minister des Innern (M. 50 Bl. 35 f.).

[8]) M. 56 Bd. 1 Bl. 21 (vgl. Anm. 5).

[9]) s. oben S. 13 ff.

[10]) Antrag des Ältesten Behrend vom März 1870 (M. 90 Bl. 59).

Aufrechterhaltung der vielen Beschränkungen nichts mehr gelegen war. Diese Beschränkungen waren den Maklern, wie bereits erwähnt,[11]) deshalb auferlegt worden, um die von ihnen verlangte Unparteilichkeit zu sichern, da sie ja infolge der ihren Tagebüchern und Schlußnoten beigelegten Beweiskraft die Stellung einer amtlichen Urkundsperson einnahmen. Doch zur Sicherheit des Verkehrs bedurfte die Beurkundung der Verträge durch die Makler nicht mehr so weitgehender Wirkung, da bei der in der neueren Zeit besonders stark entwickelten Kreditwirtschaft, wo fast jeder Kaufmann mit mehr oder minder großem Kredit arbeitet und daher bestrebt sein muß, durch pünktliche Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten das die Grundlage des Kreditwesens bildende Vertrauen zu erlangen und zu erhalten, für die Parteien in dem unbedingten Erfordernis der Erhaltung des Vertrauens das wirksamste Moment zur Einhaltung der Verpflichtungen bestand.[12]) Aus dem Gesagten erhellt, daß der Grund, der ursprünglich zum Erlaß der zahlreichen Beschränkungen führte, nicht mehr stichhaltig war. Da ferner ein anderer Grund für die Aufrechterhaltung der hier in Frage stehenden Vorschriften nicht ins Feld geführt werden konnte, vielmehr die veränderten Verkehrsverhältnisse deren teilweise Beseitigung oder Einschränkung notwendig bedingten, so befürworteten die Ältesten der Berliner Kaufmannschaft im Interesse der Förderung des Handelsverkehrs eine Abweichung von den Grundsätzen des Art. 69 und beabsichtigten, in der neuen Berliner Maklerordnung eine diesbezügliche Bestimmung aufzunehmen.[13]) Die Re-

[11]) s. oben S. 8.

[12]) s. Struck a. a. O. S. 205 f.

[13]) Die Bestimmung sollte nach § 7 des Entw. einer Berliner Maklerordnung v. 30. 3. 1863 folgendermaßen lauten: „Den Maklern ist

gierung war jedoch der Ansicht, daß eine solche Vorschrift aus der Maklerordnung fortgelassen werden müsse, da sie „nicht nur der Natur des Makleramtes, welches ausschließlich nur die Geschäftsvermittlung zum Zwecke hat, zuwider sei, sondern auch den ausdrücklichen Festsetzungen der §§ 66 u. 67 HGB. und des Art. 9 EG., insbesondere dessen § 5 widerspreche, worin den Maklern ein namhafte Strafe angedroht wird, wenn sie die ihnen nach Art. 69 obliegenden Pflichten verletzen". Und selbst wenn sich die Aufhebung des in dem angezogenen Artikel gegebenen Verbots als zweckmäßig erweisen sollte, so glaubte die Regierung nicht, daß dies durch eine Maklerordnung, sondern nur im Wege der Gesetzgebung geschehen könne.[14]) Die zwischen der Regierung und den Ältesten der Berliner Kaufmannschaft über diesen Gegenstand gepflogenen Verhandlungen, in denen die sachlichen wie rechtlichen Gründe für und wider eingehend erörtert wurden, zogen sich mehrere Jahre hin, ohne zu einem endgültigen Abschluß zu führen.[15]) Unterm 28. 11. 1865 wiederholten die Ältesten ihren Antrag auf Einschränkung der den Handelsmaklern in Art. 69 auferlegten Amtspflichten, den der Handelsminister — unter Hinweis auf die von uns schon an anderer Stelle[16]) näher behandelten, in den Nürnberger Beratungsprotokollen ausführlich dargelegten Gründe,

gestattet, sich beim Empfang von Aufträgen für die Ausführung derselben zu den von den Auftraggebern gestellten und von ihnen angenommenen Bedingungen dergestalt persönlich verbindlich zu machen, daß sie, falls die Vermittlung des Geschäfts mit einem anderen dem Auftraggeber zusagenden Kontrahenten nicht gelingt, dasselbe für eigene Rechnung zu übernehmen haben" (M. 56 Bd. 1 Bl. 188 ff.).

[14]) M. 56 Bd. 1 Bl. 204 f. u. 236 ff.

[15]) s. außer den in der vorigen Note zitierten Stellen noch M. 56 Bd. 1 Bl. 229 ff.

[16]) s. oben S. 14 f.

welche für die Beibehaltung dieser Vorschrift im Handelsgesetzbuch bestimmend gewesen sind — für untunlich erachtete und deshalb ablehnte.[17]) So wurde denn in die am 15. 5. 1866 in Kraft getretene Berliner Maklerordnung v. 20. 4. 1866 der § 7 des Entw. nicht aufgenommen und damit der Anwendung des Geschäftes mit vorbehaltener Bezeichnung der Gegenpartei durch die amtlichen Vermittler auch weiterhin ein Riegel vorgeschoben. Doch die Tatsachen bewiesen, daß dem Grundsatz, wonach die Gesetzgebung nicht geeignet ist, den Verkehr zu bilden, ihm vielmehr folgen und ihn, wie er im Leben hervortritt, regeln soll, auch hier die Geltung nicht abgesprochen werden kann. Die Bedürfnisse des Verkehrs waren dieselben geblieben; nach wie vor verlangten die Parteien von dem Makler, daß er sofort fest zusage; daher war kein Makler imstande, nach den Vorschriften der Maklerordnung ein Geschäft zustande zu bringen; sie sahen sich vielmehr vor die unangenehme Wahl gestellt, entweder auf jede Geschäftsvermittlung zu verzichten oder sich über die Vorschriften der Maklerordnung hinwegzusetzen.[18]) Viele Vermittler suchten sich dadurch aus der Verlegenheit zu helfen, daß sie bei den Geschäften, für die ein Gegenkontrahent noch nicht vorhanden war, als Käufer oder Verkäufer kaufmännische Firmen aufgaben, die eigens zu diesem Zwecke ins Leben gerufen waren und von den Maklern ganz besonders begünstigt wurden.[19]) Andere,

---

[17]) Antrag der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin auf Einschränkung der den Handelsmäklern in Art. 69 Nr. 1 u. 6 ADHGB. auferlegten Amtspflichten v. 28. 11. 1865 (M. 56 Bd. 1 Bl. 241 ff.) und Erwiderung des Handelsministers v. 3. 2. 1866 (M. 56 Bd. 2 Bl. 2).

[18]) Schreiben der ständigen Kommission der Berliner Produktenbörse v. 27. 5. 1867 an die Ältesten (M. 90 Bl. 22).

[19]) Antrag des Ältesten Behrend vom März 1870 (M. 90 Bl. 60).

durch die Macht der Verhältnisse schon lange dazu gezwungen und daran gewöhnt, den Gesetzesvorschriften zuwiderzuhandeln, setzten, wie es in einem an die Ältesten gerichteten offenen Schreiben heißt, statt den Gegenkontrahenten zu nennen, das „modern gewordene" „An Aufgabe" oder „Von Aufgabe" in die Schlußnote ein.[20]) Wenn sich nach den Angaben des Verfassers dieses Schreibens drei- bis vierhundert Banken und Bankfirmen tagtäglich diese Übergriffe gefallen lassen, so ist gerade diese Tatsache als ein sicherer Beweis für die Notwendigkeit dieses Tuns anzusprechen und nicht, wie es der Anonymus des erwähnten Schreibens will, im entgegengesetzten Sinne zu deuten. Würden doch die Kaufleute, in deren Interesse ja die von den Maklern verletzten Vorschriften gegeben waren, keinen Augenblick gezögert haben, gegen diese Gesetzesverletzung, falls sie ihnen statt Vorteile Nachteile gebracht hätte, vorzugehen. Zwei Wege gab es, um die Makler aus dem Dilemma zwischen ihrer Amtspflicht und dem, was das geschäftliche Leben gebieterisch fordert, zu retten: die Gestattung des Selbstübernehmens innerhalb gewisser Grenzen oder die gänzliche Aufhebung des Instituts der vereideten Makler. Beide Möglichkeiten sind von den beteiligten Kreisen — den Maklern und den Vertretern der Kaufmannschaft — erörtert und zur Ausführung empfohlen worden. Und zwar hielten die Makler[21]) die Beseitigung des Maklerinstituts für den einzig gangbaren Weg, während die Ältesten mit Rücksicht auf die Wichtigkeit der amtlichen Notierung der Kurse und Preise sowie die Unentbehrlichkeit des darauf sich gründenden Kurszettels die Bei-

[20]) Offenes Schreiben an die Ältesten v. 16. 9. 1872 (M. 90 Bl. 88 f.).

[21]) s. das in Anm. 18 zitierte Schreiben der ständigen Kommission der Berliner Produktenbörse.

behaltung des Instituts als im Interesse des Handelsstandes liegend erachteten und sich nach wie vor für die Gestattung des Selbstübernehmens aussprachen.[22]) Eine Änderung dieses den tatsächlichen Verkehrsverhältnissen wenig entsprechenden Rechtszustandes, auf deren Notwendigkeit die Kaufmannschaft zu wiederholten Malen nachdrücklich hingewiesen hatte, scheiterte stets an dem hartnäckigen Widerstande der Regierung. Erst das neue Handelsgesetzbuch, das dem Maklerrecht eine moderne, den Stempel der Gegenwart tragende Form gab, brachte auch für Preußen die langersehnte Maklerreform.

§ 3.

Der durch das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 geschaffene Zustand.

Das Ergebnis der durch das neue Handelsgesetzbuch vollzogenen Reform des Maklerwesens war in der Hauptsache die Beseitigung des Instituts der vereideten Handelsmakler, so daß wir fortan nicht mehr zwischen amtlichen Vermittlern und Privathandelsmaklern zu unterscheiden haben, sondern nur noch unbeeidete Privathandelsmakler kennen. Als Gegenstand ihrer Tätigkeit bezeichnet § 93 HGB. die gewerbsmäßige Vermittlung von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein. Alle in dieser Weise tätigen Vermittler sind Handelsmakler im Sinne des

[22]) Bericht der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin betr. den Geschäftsbetrieb der Handelsmakler pp. v. 25. 11. 1872 an den Handelsminister (M. 90 Bl. 155 f.). Bericht der Ältesten betr. die Aufhebung des Instituts der vereideten Handelsmakler an den Handelsminister v. 9. 9. 1867 (M. 90 Bl. 51).

Handelsgesetzbuches; auf sie beziehen sich die im Abschn. 8 des 1. Buches gegebenen Vorschriften. Einer bestimmten Anzahl von Vermittlern ist ein Mitwirkungsrecht bei der amtlichen Feststellung der Kurse eingeräumt;[1]) mit Rücksicht hierauf werden diese Vermittler „vereidete Kursmakler" genannt. Jedoch nur in Ansehung dieser Tätigkeit verrichten sie eine öffentliche Funktion, während sie hinsichtlich ihrer Vermittlertätigkeit sich nicht im geringsten von den privaten Handelsmaklern unterscheiden. Mit der Beseitigung des den Handelsmaklern von dem bisherigen Recht beigelegten Beamtencharakters sind auch die mit der amtlichen Stellung zusammenhängenden Verbote überflüssig geworden; deshalb haben diese im neuen Handelsgesetzbuch keine Aufnahme gefunden,[2]) wodurch das der Anwendung des Geschäftes mit vorbehaltener Bezeichnung der Gegenpartei entgegenstehende rechtliche Hindernis für das ganze deutsche Rechtsgebiet endgültig aus dem Wege geräumt ist. Der Gesetzgeber beschränkte sich jedoch nicht auf die bloße Zulassung dieses Geschäftes, sondern erachtete eine gesetzliche Regelung für wünschenswert, und zwar sowohl mit Rücksicht auf dessen häufiges Vorkommen im

[1]) Es mag hier gleich erwähnt werden, daß nach den Bestimmungen der §§ 29 u. 30 BörsG. v. 22. 6. 1896 die Feststellung der Kurse formell durch den Börsenvorstand unter bloßer Mitwirkung der Kursmakler als Hilfspersonen erfolgt, tatsächlich aber ganz in den Händen der Kursmakler liegt; diese treten nämlich mit den fertigen, von ihnen selbsttätig ermittelten Kursen vor die Mitglieder des Börsenvorstandes, die nur selten einzuschreiten Anlaß haben; s. Ring, Der Entwurf eines Gesetzes betr. die Pflichten der Handelsmakler, in Buschs Arch. Bd. 47 Heft 2 S. 144 f.

[2]) Dagegen hat sie das Börsengesetz in allerdings stark modifizierter Form für die Kursmakler aufgenommen, um ihre Unparteilichkeit bei der Kursfeststellung nach Möglichkeit zu sichern; s. § 32 BörsG. v. 22. 6. 1896.

Börsenverkehr als auch deshalb, weil über die rechtliche Bedeutung des Vorbehalts der Aufgabe weder in Handelskreisen volle Klarheit bestand, noch die Gerichte in dieser Beziehung zu festen Grundsätzen gelangt waren.[3])

Daß der Makler schon früher häufig in die Lage kam, sich die Aufgabe des Gegenkontrahenten vorzubehalten, ist schon mehrfach erwähnt worden; wie zahlreich jedoch diese Fälle im modernen Börsenverkehr sind, wird am besten verständlich, wenn man sich die Technik des Börsenbetriebes vergegenwärtigt, was im folgenden durch eine kurze Schilderung der an der Berliner Börse herrschenden tatsächlichen Verhältnisse geschehen soll.[4]) Hier wie auch an den übrigen Börsenplätzen ist zwischen Kassa- und Zeitgeschäften zu unterscheiden. Zu den ersteren gehören außer den ausdrücklich „per Kasse" geschlossenen, welche den weitaus größten Teil aller Börsengeschäfte bilden, auch die „per morgen", „per einige Tage" sowie die „per Erscheinen" gemachten Abschlüsse. Handelt es sich also bei den Kassageschäften in der Hauptsache um solche, die Zug um Zug zu erfüllen sind, so hat bei den Zeitgeschäften die Erfüllung an einem späteren als dem Abschlußtage — an dem sogen. Stichtage — zu erfolgen, der entweder sofort beim Vertragsschluß festgesetzt wird, oder, falls „täglich" oder „auf Ankündigung" gehandelt ist, im ersten Falle durch Kündigung seitens des Käufers und im letzteren durch Ankündigung seitens des Verkäufers näher bestimmt wird. Für die Kassageschäfte wird in Berlin ein unter Berücksichtigung sämtlicher Aufträge ermittelter Einheitskurs festgesetzt — es kommt

[3]) s. Denkschr. z. Entw. eines HGB. S. 76.

[4]) vgl. dazu Ring a. a. O. S. 145 ff.; ferner Salings Börsenpapiere, erster (allgemeiner) Teil S. 246 ff. und S. 504 ff., sowie Weber a. a. O. S. 179 ff. und 194 ff.

allerdings, jedoch nur ausnahmsweise vor, daß Kassageschäfte schon vor der Kursfeststellung zum augenblicklichen Kurse fest abgeschlossen werden —, während sich die Kursnotierung für die Zeitgeschäfte derart vollzieht, daß kurz nach Beginn der Börse unter Zugrundelegung der bis zu diesem Augenblick erteilten Aufträge ein „Anfangskurs", der sich also als Einheitskurs charakterisiert, festgestellt wird, wo hingegen im weiteren Verlaufe der Börse jedes fernere Zeitgeschäft zu dem gebotenen oder geforderten Kurse sofort fest zum Abschluß kommt, so daß die weiteren Kursnotizen für Zeitgeschäfte, wie „letzter", „höchster" und „niedrigster" Kurs, lediglich Kursregistrierungen auf Grund bereits abgeschlossener Geschäfte darstellen.

Die Ermittlung der Kassaeinheitskurse geschieht in voller Öffentlichkeit, so daß alle Interessenten, wie z. B. Emittenten, die das Geschäft in den von ihnen auf den Markt gebrachten Werten beherrschen oder andere Personen, die lediglich gerade an diesem Börsentage Interesse für den Kurs bestimmter Papiere haben, in der Lage sind, durch Erteilung von Aufträgen, sowie durch Zurücknahme oder Modifikation bereits erteilter Aufträge den Kurs zu beeinflussen. Zwar sind die Makler nicht verpflichtet, derartige Aufträge nach begonnener Kursermittlung noch entgegenzunehmen, doch machen sie ihren Auftraggebern in dieser Beziehung keine Schwierigkeiten. Der zum Zwecke der Kursermittlung vorzunehmenden Berechnung legen die Makler nicht nur die ihnen, sondern auch die den zu ihrer Gruppe[5]) gehörigen

[5]) Die Kursmakler sind in Gruppen von zwei oder mehr Maklern eingeteilt; jeder dieser Gruppen ist die Vermittlung bestimmter Werte zugewiesen.

Kollegen zugegangenen Aufträge zugrunde, um einen Kurs zu finden, der die weitgehendste Ausführung der vorliegenden Aufträge ermöglicht. Nach Beendigung der vorläufigen Kursermittlung beginnt unter Ausschluß der Öffentlichkeit die definitive Kursfeststellung in der Weise, daß einer der Makler in einem besonderen Kursfeststellungsraum in Gegenwart des Staatskommissars und des Börsenvorstandes bezw. einer von diesem gewählten Kommission die ermittelten Kurse dem Börsensekretär diktiert. Ausnahmsweise darf ein einzelner Börsenbesucher bei diesem Vorgang zugegen sein, wenn er gegen einen vorläufig festgestellten Kurs Einspruch erheben will, wozu jeder, auch wenn er für das in Frage kommende Papier keinen Auftrag erteilt hat, berechtigt ist. Erst nach Ablauf der Zeit für die Reklamationen — etwa um $2^1/_2$ Uhr, also nach Schluß der von 12 bis 2 Uhr währenden offiziellen Börsenzeit — können die Makler ihrem Auftraggeber die Ausführung des Geschäftes zu dem definitiv festgestellten Kurse, zu dem alle Aufträge, bei denen das gestellte Limit es zuläßt, als ausgeführt gelten, in verbindlicher Weise melden. Diese Meldung beschränkt sich jedoch auf die bloße Mitteilung, daß das Geschäft gemacht ist; zwischen welchen Kontrahenten es zustande kommen wird, steht noch gar nicht fest. Die Zuweisung des Gegenkontrahenten an den Auftraggeber geschieht regelmäßig erst im Laufe des Nachmittags, indem der Makler zu den Kaufaufträgen passende Gegenaufträge auswählt und dann beiden Teilen „Aufgabe" macht, d. h. jedem die ihm zugewiesene Gegenpartei in der Schlußnote benennt. Trotzdem der Makler bei dieser Vornahme nicht nur die ihm übermittelten Aufträge berücksichtigt, sondern noch von den zu seiner Gruppe gehörigen Amtsgenossen so viel an Aufträgen,

welche diese infolge fehlenden Materials nicht mehr ausführen können, übernimmt, als er durch Gegenaufträge auszugleichen in der Lage ist, bleibt regelmäßig ein Rest von Beträgen, für die er keine passenden Posten auf der anderen Seite hat (sogen. „Spitzen"). Es mag dahingestellt bleiben, ob der Makler den für die Spitzen in Frage kommenden Auftraggebern einfach melden darf, daß er für die Aufträge keine passenden Gegenkontrahenten gefunden habe, oder ob er etwa auf Grund der Geschäftsbedingungen gezwungen werden kann, die Spitzen selbst zu übernehmen. Da der Kommittent wiederum von der Gunst seiner Kunden abhängig ist, so verlangt er auf alle Fälle, sofern die ihm erteilten Aufträge nach der Marktlage zu den gestellten Bedingungen generell ausführbar sind, deren Erledigung. Dem Makler bleibt daher nichts anderes übrig, als sich selbst als Gegenpartei zu bezeichnen, wozu sogar der Kursmakler innerhalb gewisser Grenzen nach dem Börsengesetz berechtigt ist,[6]) oder sich die Bezeichnung der Gegenpartei vorzubehalten und eine Schlußnote „an Aufgabe" bezw. „von Aufgabe", je nach dem der Käufer oder Verkäufer nachträglich benannt werden soll, auszustellen.

Häufiger noch als im Kassaverkehr wird im Terminhandel, der vorzugsweise in den Händen der freien Privatmakler liegt, von dem Vorbehalt der Aufgabe Gebrauch gemacht. Hier geschieht im Gegensatz zum Kassaverkehr, wo die Aufträge durchweg insgesamt und gleichzeitig zu dem erst gegen Schluß der offiziellen Börse

[6]) § 32 Abs. 1 des BörsG. bestimmt, daß die Kursmakler in den Geschäftszweigen, für welche sie bei der amtlichen Feststellung der Kurse mitwirken, insoweit für eigene Rechnung oder im eigenen Namen Handelsgeschäfte schließen dürfen, als dies zur Ausführung der ihnen erteilten Aufträge nötig ist.

durch Berechnung ermittelten Einheitskurs ausgerichtet werden, die Ausführung der Aufträge überwiegend mittels sofortiger definitiver Abschlüsse zu „festen" Kursen, teilweise allerdings auch zu einem im Wege der Kompensation verschiedener Aufträge berechneten Kurse, wie insbesondere zum „Anfangskurs", der ja, wie bereits erwähnt, ein echter Einheitskurs ist. Doch unterscheiden sich die Einheitskurse des Terminhandels von den Kassaeinheitskursen wesentlich dadurch, daß die Ermittlung jener Kurse sich auf einen äußerst kurzen Zeitraum zusammendrängt, während die Kassaeinheitskurse sich auf die ganze Börsenzeit erstrecken. Im Terminhandel müssen die einen vorwiegend spekulativen Charakter tragenden Geschäfte alsbald zu einem festen Kurs zustande kommen, da der Auftraggeber über deren Ausführung nicht lange in Ungewißheit bleiben kann. Daher sind die Makler hier mehr als im Kassaverkehr, wo sich die Ausrichtung der Aufträge auf einen einzigen Zeitpunkt konzentriert, wodurch die Ausgleichung mancher Orders im Wege der Kompensation ermöglicht wird, genötigt, Aufträge sofort fest zu übernehmen, auch dann, wenn in diesem Augenblick noch kein Gegenkontrahent vorhanden und es überhaupt ungewiß ist, ob die Geschäfte „glatt" zu realisieren sein werden. Da nun die Mehrzahl der Makler nicht kapitalkräftig genug ist, um als Selbstkontrahent derartig hohe Verpflichtungen zu übernehmen, wie sie dem Termingeschäft eigen sind, so bleibt ihnen, sofern sie nicht mit einer für ihre Engagements Garantie leistenden Maklerbank in Verbindung stehen, nichts anderes übrig, als sich die Bezeichnung der Gegenpartei vorzubehalten.

Außer den genannten Fällen entsteht für den Makler häufig auch dann die Notwendigkeit zum Vorbehalt der

Aufgabe, wenn er zwar einen Gegenkontrahenten hat, dieser aber von dem Auftraggeber als nicht konvenierend zurückgewiesen wird. Hierzu ist der Auftraggeber berechtigt, denn niemand braucht sich einen ihm nicht genehmen Kontrahenten aufdrängen zu lassen. Eine Zurückweisung der Aufgabe ist allerdings im Kassaverkehr eine Seltenheit, da wegen der für beide Parteien bestehenden Verpflichtung zur alsbaldigen Erfüllung selbst die weniger feine Aufgabe ein großes Risiko für die andere Partei nicht in sich schließt und daher widerspruchslos angenommen wird; im Ultimoverkehr dagegen geschieht die Zurückweisung häufiger, da man hier an die einmal angenommene Partei längere Zeit gebunden ist und sich daher nur zur Annahme einer einwandfreien Aufgabe entschließt. Ist nun der Makler im Falle der Zurückweisung der gemachten Aufgabe nicht in der Lage, seinem Auftraggeber einen andern ihm genehmen Gegenkontrahenten vorzuschlagen, so muß er schließlich, um sich die Gunst seines Kunden zu erhalten, den Ausweg des Vorbehaltes der Aufgabe wählen.

Es ergibt sich nun für den Makler vielfach die Unmöglichkeit, einen Gegenkontrahenten zu finden, der bereit ist, das Geschäft zu den vom Auftraggeber gestellten Bedingungen, insbesondere zu dem aufgegebenen Kurse abzuschließen. Dann setzt er in die neue Schlußnote, in welcher er dem Auftraggeber die Aufgabe macht, den Kurs ein, zu dem er das Geschäft realisiert hat, und erstattet ihm die sich zu dessen Ungunsten ergebende Kursdifferenz. Gelingt es ihm dagegen, das Geschäft zu einem günstigeren Kurs zu realisieren, so kommt der erzielte Gewinn ihm — dem Makler — zugute.[7])

---

[7]) s. Weber a. a. O. S. 200.

Nicht nur in Berlin, sondern auch an den anderen Börsenplätzen ist das Geschäft mit vorbehaltener Bezeichnung der Gegenpartei eine häufige Erscheinung, und zwar sowohl im Effekten- als auch im Produktenhandel. Namentlich an den kleineren östlichen Produktenbörsen sollen die Makler, wohl deshalb, weil ihnen nicht genügend Mittel zur Verfügung stehen, meistens unter Vorbehalt der Aufgabe handeln.[8])

Über die rechtliche Bedeutung des Vorbehalts der Aufgabe bestand, trotzdem diese Übung schon lange Zeit vor Erlaß des neuen Handelsgesetzbuchs eine häufige Erscheinung war, manche Kontroverse, und zwar herrschte sowohl hinsichtlich der Natur des Rechtsverhältnisses, das durch die Annahme der Schlußnote mit dem Vorbehalt der Aufgabe zwischen dem Auftraggeber und dem Makler begründet wurde, Meinungsverschiedenheit, als auch darüber, ob schon mit der Annahme der Schlußnote irgendwelche Rechtsbeziehungen des Auftraggebers zu der noch aufzugebenden Partei entstanden seien und event. welche. Insbesondere war die Stellungnahme zu der Frage, ob der Auftraggeber durch die bloße Annahme der Schlußnote bereits an das Geschäft mit der nachträglich bezeichneten Partei gebunden sei, eine verschiedene, indem die einen eine Gebundenheit des Auftraggebers überhaupt verneinten,[9]) während andere eine solche grundsätzlich anerkannten.[10]) Sowohl mit Rücksicht auf das häufige Vorkommen des Vorbehalts der Aufgabe als auch mit Rücksicht auf die über ihre rechtliche Bedeutung be-

[8]) s. Weber a. a. O. S. 487.

[9]) ROHG. Bd. 7 S. 104 ff.; vgl. auch ROHG. Bd. 13 S. 292 ff.

[10]) RG. Bd. 20 S. 37 ff., Bd. 24 S. 64 ff., Bd. 33 S. 131 ff., Bd. 35 S. 105 ff. u. Bd. 38 S. 185 ff.; s. ferner Kierulff, Sammlung der Entsch. des Oberappellationsgerichts Lübeck Bd. 3 S. 741.

stehenden Kontroversen erachtete der Gesetzgeber eine Regelung dieser Übung für wünschenswert. Diese ist im § 95 HGB. erfolgt. Nach den dort getroffenen Bestimmungen ist die Partei, welche eine Schlußnote annimmt, in der sich der Makler die Bezeichnung der andern Partei vorbehalten hat, an das Geschäft mit der Partei gebunden, welche ihr nachträglich innerhalb der ortsüblichen Frist, in Ermanglung einer solchen innerhalb einer den Umständen nach angemessenen Frist bezeichnet wird, und gegen welche keine begründeten Einwendungen zu erheben sind. Wenn die Bezeichnung unterbleibt oder gegen die aufgegebene Person oder Firma begründete Einwendungen zu erheben sind, so steht der Partei das Recht zu, den Makler auf die Erfüllung des Geschäfts in Anspruch zu nehmen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn sich die Partei auf die Aufforderung des Maklers nicht unverzüglich erklärt, ob sie Erfüllung verlange. Diese Regelung entspricht durchaus den Bedürfnissen der Praxis, aus der heraus diese Gesetzesvorschrift entstanden ist. Darüber aber, wie die durch die Annahme der Schlußnote mit dem Vorbehaltsvermerk zwischen den beteiligten Personen entstandenen Beziehungen, insbesondere die Gebundenheit des Auftraggebers und die Selbsteintrittspflicht des Maklers juristisch zu erklären sind, bestehen auch heute noch große Meinungsverschiedenheiten; weder die Wissenschaft, welche diesem Gegenstande, wie die Dürftigkeit der über ihn veröffentlichten Literatur beweist, bisher wenig Beachtung geschenkt hat, noch die Gerichtspraxis ist zu einem einheitlichen und befriedigenden Ergebnis gelangt.

II. Konstruktion.

§ 4.

Grundlage.

Im folgenden wollen wir versuchen, die durch die Annahme der Schlußnote mit vorbehaltener Bezeichnung der Gegenpartei zwischen Auftraggeber, Makler und der aufzugebenden Partei entstandenen Rechtsbeziehungen zu bestimmen und damit die als Folge der Annahme einer solchen Schlußnote vom Gesetz statuierte Gebundenheit des Auftraggebers und Selbsteintrittspflicht des Maklers juristisch zu erklären.

Dabei müssen wir von dem allgemeinsten und zugleich häufigsten der in § 95 HGB. geregelten Fälle, nämlich davon ausgehen, daß die aufzugebende Partei nicht nur ungenannt bleiben soll, also schon genau bestimmt ist, sondern daß sie überhaupt noch vollständig unbestimmt ist.[1]) Kommt doch, wie aus den im vorigen Paragraphen dieser Darstellung über den Börsenverkehr gemachten Ausführungen hervorgeht, der Makler gerade dann in die Lage, sich die Aufgabe des Gegenkontrahenten vorzubehalten, wenn er im Augenblick der Ausstellung der Schlußnote überhaupt noch gar keine Geschäftspartei hat, die er aufgeben könnte, während in den Fällen, in denen eine Gegenpartei zwar bereits vorhanden ist, aber aus irgendeinem Grunde noch nicht genannt werden soll,

[1]) Ebenso Gutkind, Das Geschäft „an Aufgabe" S. 14.

von dem Geschäft mit vorbehaltener Bezeichnung der Gegenpartei deshalb kaum Gebrauch gemacht werden kann, weil dadurch der gewünschte Zweck der Geheimhaltung des Namens der Partei doch nur sehr unvollkommen erreicht werden würde, da deren Aufgabe meist innerhalb einer recht kurzen Frist [2]) zu erfolgen hat.

Ferner ist zu bemerken, daß dem Konstruktionsversuch als Regelfall der Fall zugrunde gelegt werden muß, in dem das Geschäft mit der nachträglich bezeichneten Partei zu den vom Auftraggeber gestellten Bedingungen zustande kommt, wie sie in der ihm ausgehändigten Schlußnote mit dem Vorbehaltsvermerk enthalten sind. Denn es erhellt ohne weiteres, daß der § 95 den Auftraggeber nur an das Geschäft für gebunden erklärt, welches auf der Grundlage der in jener Schlußnote festgelegten Bedingungen zum Abschluß gelangt. Daher muß die oben [3]) erwähnte Tatsache, daß die Aufgabe häufig zu einem anderen als dem in der vom Auftraggeber angenommenen Schlußnote eingesetzten Kurs gemacht wird, hier ganz außer acht gelassen werden, da es sich in diesen Fällen nicht um das in der den Vorbehaltsvermerk enthaltenden Schlußnote verlautbarte Geschäft handelt. Auf die juristische Beurteilung dieser Fälle kurz einzugehen, werden wir später noch Gelegenheit haben.

Sodann dürfen solche Argumente, die sich auf den Begriff des Maklers als eines bloßen Vermittlers stützen, für die Konstruktion nicht ausschlaggebend sein. Damit soll nicht gesagt sein, daß die Vermittlereigenschaft des Maklers ohne Grund preisgegeben werden soll; aber unter

---

[2]) An der Berliner Fondsbörse beispielsweise muß die „Aufgabe" schon am nächsten Börsentage bis 11 Uhr vormittags geschehen; s. Geschäftsbedingungen § 10 Abs. 2.

[3]) s. oben S. 37.

allen Umständen an dem engen Vermittlerbegriff festzuhalten,[4]) liegt um so weniger Anlaß vor, als der Makler im Börsenverkehr häufig gezwungen ist, nicht als bloßer Vermittler, sondern als Kommissionär, ja sogar als Eigenhändler aufzutreten.[5])

Ferner sei noch hervorgehoben, daß die Annahme einer Schlußnote mit dem Vorbehalt der Aufgabe der Gegenpartei, wenn ihr auch regelmäßig der Abschluß eines Maklervertrages voraufgegangen ist,[6]) gemäß der im § 95 erfolgten Regelung ein durchaus selbständiges Rechtsgeschäft darstellt, das ausschließlich nach den Bestimmungen des § 95 zu beurteilen ist. Daher ist auch die von Gutkind[7]) eingehend erörterte Frage, inwiefern die Annahme einer solchen Schlußnote die Rechtsfolgen des Maklervertrages beeinflußt, für den im folgenden zu unternehmenden Konstruktionsversuch, insbesondere für die Beantwortung

---

[4]) Wie z. B. Naumann, Das Recht des Handelsmaklers S. 46; s. auch ROHG. Bd. 7 S. 107.

[5]) s. oben S. 13.

[6]) Es ist allerdings auch denkbar, daß ein Maklervertrag mit der Partei, welche die Schlußnote annimmt, nicht vorliegt, so z. B. wenn der Makler einen Auftrag mit der Verpflichtung, den Auftraggeber nicht zu nennen, übernommen hat und, weil er diesen Auftrag nicht durch einen entsprechenden von der anderen Seite ausgleichen kann, einem Dritten, bei dem er vielleicht Interesse für das Geschäft vermutet, die Schließung des Vertrages anträgt, dem er dann in dem Falle, daß er abschließen will, eine Schlußnote übergibt, in der er sich die Bezeichnung seines Auftraggebers vorbehält. Allerdings wird in solchem Falle wie dem soeben geschilderten eine Schlußnote „an Aufgabe" deshalb selten zur Anwendung kommen, weil mit ihr, wie zu Beginn dieses Paragraphen erwähnt, der verfolgte Zweck — nämlich die Wahrung der Anonymität der einen Partei — kaum erreicht wird; vielmehr wird die Praxis in ähnlichen Fällen wohl einen anderen Ausweg, wie z. B. den Selbsteintritt des Maklers, wählen.

[7]) s. a. a. O. S. 15 ff.

der Frage, wie die vom Gesetzgeber ausgesprochene Gebundenheit des Auftraggebers und die Selbsteintrittspflicht des Maklers juristisch zu erklären ist, unerheblich. Sind doch, wie in Anm. 6 ausgeführt, sogar Fälle denkbar, in denen ein Maklervertrag mit der Partei, welche die den Vorbehaltsvermerk enthaltenden Schlußnote annimmt, überhaupt nicht vorhanden ist. Daß in diesen Fällen das Mittel einer Schlußnote mit vorbehaltener Aufgabe der Partei, die vorläufig ungenannt bleiben will, selten zur Anwendung kommt, findet lediglich in Zweckmäßigkeitsgründen seine Erklärung.[8]) Immerhin sind derartige Fälle durchaus möglich, und das genügt, um darzutun, daß der Abschluß eines Maklervertrages keineswegs notwendige Voraussetzung für das Geschäft des § 95 ist, daß vor allem die Begriffsmerkmale dieses Geschäftes ohne ein Zurückgreifen auf den event. voraufgegangenen Maklervertrag lediglich aus den im § 95 gegebenen Gesetzesvorschriften zu bestimmen sind. Daher können durch die Erörterung der Frage, inwiefern die Annahme einer Schlußnote mit dem Vorbehalt der Aufgabe auf das durch den Maklervertrag begründete Rechtsverhältnis einwirkt, irgendwelche Anhaltspunkte für die Konstruktion unseres Geschäftes nicht gewonnen werden. Das beweisen auch die von Gutkind gefundenen Ergebnisse,[9]) die in keinem Punkte eine Stütze zur Feststellung der juristischen Bedeutung der Gebundenheit des die Schlußnote Annehmenden und der Selbsteintrittspflicht des Maklers

[8]) s. Anm. 6 am Schlusse.

[9]) Er stellt fest, daß durch die Annahme der Schlußnote der dem Makler erteilte Auftrag, das Geschäft zu vermitteln, erfüllt wird, daß die Provision jedoch dadurch noch nicht verdient sei, sondern erst dann, wenn durch rechtzeitige Aufgabe einer einwandfreien Partei das Geschäft perfekt geworden sei.

bieten, also völlig außerhalb des Rahmens der zur Feststellung jener Bedeutung vorzunehmenden Konstruktion des im § 95 geregelten Geschäftes liegen.

Die folgende Darstellung wird zunächst eine Untersuchung der juristischen Bedeutung der Gebundenheit des die Schlußnote mit dem Vorbehaltsvermerk Annehmenden an das Geschäft mit der nachträglich bezeichneten Partei geben.

A. Die Gebundenheit der die Schlußnote mit dem Vorbehaltsvermerk annehmenden Partei an das Geschäft mit der nachträglich bezeichneten Partei.

§ 5.

Die bisher versuchten Konstruktionen.

Das Gesetz knüpft an die Annahme einer Schlußnote, in der sich der Makler die Bezeichnung der anderen Partei vorbehalten hat, als erste Wirkung die Gebundenheit des eine solche Schlußnote Annehmenden an das Geschäft mit der rechtzeitig aufgegebenen einwandfreien Partei. Eine juristische Konstruktion des durch die Annahme der Schlußnote begründeten Rechtsverhältnisses gibt der Gesetzgeber nicht, so daß aus dem Gesetzestext nicht ohne weiteres erhellt, wie die dort ausgesprochene Gebundenheit rechtlich zu erklären ist. Dies zu untersuchen, bleibt daher der Wissenschaft überlassen, die allerdings, wie bereits erwähnt, diesem Gegenstande ein nennenswertes Interesse kaum entgegengebracht hat. Während nämlich einige Schriftsteller des Handelsrechts[1]) die Frage nach der

[1]) So z. B. Cosack in seinem Lehrb. d. HR. S. 206 ff. und Makower in seinem Komm. z. HGB. Bd. 1 S. 264.

juristischen Bedeutung der Gebundenheit überhaupt nicht berühren, vielmehr lediglich auf eine kurze Besprechung der im § 95 gegebenen Bestimmungen sich beschränken, befassen sich zwar andere mit der rechtlichen Struktur des erwähnten Rechtsverhältnisses, ohne jedoch oft mehr als eine kurze, die Hauptfrage nicht erschöpfende Erörterung zu bieten, vielfach sogar sich damit begnügend, eine bestimmte Konstruktion ohne jede nähere Begründung für maßgeblich zu erklären.

So mißt, um nun zu einer Besprechung der einzelnen von der Wissenschaft und Rechtsprechung bisher versuchten Konstruktionen überzugehen, Lehmann[2]) der Annahme einer Schlußnote mit Vorbehalt lediglich die Wirkung bei, daß der Annehmende durch sie dem Makler gegenüber sich verpflichtet, den rechtzeitig bezeichneten einwandfreien Dritten zu akzeptieren. Nach seiner Ansicht tritt also eine Bindung nur dem Makler und nicht der aufzugebenden Partei gegenüber ein. Diese Auffassung führt Lehmann zu der Konsequenz, daß, falls der Makler mit dem Dritten abschließt, die bereits vorhandene Partei, welche die Schlußnote mit dem Vorbehalt angenommen hat, aus jenem Abschluß nicht direkt verpflichtet werde, sondern nur bei Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen dem Makler gegenüber gehalten sei, den Abschluß zu genehmigen. Danach soll also nicht schon mit der Annahme der Schlußnote die Gebundenheit der ersten Partei an das Geschäft mit dem nachträglich bezeichneten Dritten begründet sein, sondern es soll zur Herbeiführung dieser Gebundenheit noch einer besonderen Erklärung jener Partei des Inhalts bedürfen, daß sie den vom Makler

---

[2]) s. Lehmann-Ring, Das HGB. f. d. Deutsche Reich Bd. 1 S. 208.

mit dem Dritten vollzogenen Abschluß genehmige. Eine derartige Auffassung der durch die Annahme einer Schlußnote mit dem Vorbehaltsvermerk geschaffenen Rechtslage wird aber der Bestimmung des § 95 HGB. nicht gerecht. Die für die hier erörterte Frage in Betracht kommende Gesetzesstelle lautet wörtlich: „Nimmt eine Partei eine Schlußnote an, in der sich der Handelsmakler die Bezeichnung der anderen Partei vorbehalten hat, so ist sie an das Geschäft mit der Partei, welche ihr nachträglich bezeichnet wird, gebunden". Dieser Wortlaut kann doch wohl kaum anders verstanden werden, als daß die in der Annahme der Schlußnote liegende Willenserklärung, den rechtzeitig aufgegebenen einwandfreien Dritten als Geschäftspartei annehmen zu wollen, zur Herbeiführung der Gebundenheit genügt, ohne daß es noch einer weiteren dahingehenden Willenserklärung von seiten des Auftraggebers bedarf.

Daß auch der Gesetzgeber die hier vertretene Auffassung hat zum Ausdruck bringen wollen, ist nicht nur nach der von ihm gewählten Fassung zweifellos, sondern vor allem aus dem Grunde als sicher anzunehmen, weil bei Erlaß jener Bestimmung bereits mehrere Reichsgerichtserkenntnisse vorlagen,[3]) in denen ebenfalls die Ansicht ausgesprochen wurde, daß im Falle der Annahme einer Schlußnote mit vorbehaltener Aufgabe dem nachträglich bezeichneten Dritten ein unmittelbarer Anspruch gegen den Auftraggeber zustehe, daß letzterer also bereits mit der Annahme der Schlußnote unmittelbar der anderen Partei gegenüber gebunden sei. Diese Tatsache in Verbindung mit dem Umstand, daß sich der Wortlaut des § 95 eng an die in jenen Erkenntnissen vertretene

[3]) RG. Bd. 24 S. 64 ff. und Bd. 38 S. 185 ff.

Ansicht anschließt, berechtigt zu der Annahme, daß der Gesetzgeber nicht zufällig zu jener Fassung der oben erwähnten Bestimmung kam, sondern mit wohlerwogener Absicht gerade diesen Wortlaut wählte, um der durch die Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofes zur Geltung gebrachten Lehre von der Entstehung einer unmittelbaren Verpflichtung des die Schlußnote Annehmenden dem Dritten gegenüber gesetzliche Geltung zu verschaffen.[4])

Wenn diese Erwägungen auch keinen unumstößlichen Beweis für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht erbringen, so bieten sie immerhin eine starke Stütze für die diesseitige Auffassung, während sie diejenige Lehmanns als unhaltbar erscheinen lassen. Lehmann selbst führt zu ihrer Begründung weiter nichts an, als daß sie „dem Gesetz entspreche" und auch vom Reichsoberhandelsgericht in einem verwandten Falle geteilt worden sei. Dem zuerst geltend gemachten Moment ist durch die obige Darstellung der Boden entzogen, während bezüglich des letzteren zu bemerken ist, daß die vom Reichsoberhandelsgericht in der von Lehmann angezogenen Entscheidung — Bd. 7 S. 104 ff. — vertretene Ansicht, wonach der vom Makler mit dem Dritten geschlossene Vertrag nicht schon mit der Aufgabe des Dritten, sondern erst dann perfekt wird, wenn zu der Aufgabehandlung des Maklers noch die Einverständniserklärung des Auftraggebers hinzugekommen ist, vor Erlaß der Bestimmung des § 95 wohl diskutabel gewesen sein mag, daß dies jedoch nach der in dieser Beziehung kaum zweifelhaften Fassung jener Bestimmung heute nicht angängig ist. Es dürfte schwer halten, die Ansicht Lehmanns mit dem

---

[4]) Ähnlich Goldmann, Das HGB. Bd. 1 S. 446 f. und Gutkind a. a. O. S. 41.

Gesetz in Einklang zu bringen oder gar zu beweisen; daher nimmt es nicht wunder, daß er mit ihr fast vereinzelt dasteht.[5])

Bei allen anderen Konstruktionsversuchen, die wir nun betrachten wollen, wird von der soeben dargelegten Auffassung ausgegangen, daß sofort mit der Annahme der Schlußnote für den Auftraggeber ein Zustand der Gebundenheit unmittelbar der anderen Partei gegenüber entsteht. Doch mag nicht unerwähnt bleiben, daß einige Schriftsteller die Gebundenheit nicht ausschließlich dem Dritten, sondern auch dem Makler gegenüber anerkannt wissen wollen, und zwar sind die Ansichten bezüglich der dem letzteren gegenüber bestehenden Gebundenheit wiederum insofern verschieden, als beispielsweise Staub[6]) den Auftraggeber schlechtweg sowohl dem Makler als auch unmittelbar der Gegenpartei gegenüber für gebunden erklärt, während andere[7]) die Bindung dem Makler gegenüber nicht in Ansehung des Vertragsinhaltes,[8]) sondern lediglich in Ansehung seines Anspruchs auf den Maklerlohn für vorhanden erachten. Diese Unterscheidungen spielen aber bei den Konstruktionsversuchen eine nebensächliche Rolle; grundlegend für sie ist die Anerkennung einer unmittelbar der zu bezeichnenden Partei gegenüber bestehenden Gebundenheit. Wenn nun auch unter den für die folgenden Untersuchungen in Betracht kommenden Autoren über das Vorhandensein eines unmittelbar zwischen Auftraggeber und der anderen Partei bestehenden

[5]) Nur Naumann a. a. O. S. 47 vertritt die gleiche Ansicht.

[6]) s. Staubs Komm. z. HGB. Bd. 1 S. 402.

[7]) So z. B. Makower a. a. O. S. 264 und Behrend, Schlußnoten mit vorbehaltener Aufgabe, in DJZ. 1904 S. 374.

[8]) Worunter der Inhalt des vom Makler zu vermittelnden Vertrages zu verstehen ist.

Gebundenheitsverhältnisses Einstimmigkeit herrscht, so gehen doch ihre Ansichten darüber, wie dieses Verhältnis rechtlich zu konstruieren ist, erheblich auseinander.

Düringer-Hachenburg[9]) verweisen zur Erklärung der Gebundenheit auf diejenigen Falle im Bürgerlichen Gesetzbuch, in denen die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes noch in Schwebe ist. Als Beispiele führen sie die in den §§ 108, 177 ff., 1396 und 1829 geregelten Fälle an und sagen, wie dort mit einem bekannten Gegner abgeschlossen werde, der zu genehmigen habe oder dessen Genehmigung einer Ergänzung bedürfe, so werde im Falle des § 95 mit einem unbekannten kontrahiert, der einzutreten habe. Der Genehmigung in den Fällen des Bürgerlichen Gesetzbuchs entspreche hier die nachträgliche Bezeichnung der anderen Partei. Hierzu ist zu bemerken, daß in den Fällen der angezogenen Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein hinsichtlich der juristischen Formalien fertiger Vertrag vorliegt; denn es sind die beiden Vertragsparteien, welche alles zum Abschluß des Vertrages Erforderliche getan haben, vorhanden; was nur noch fehlt, ist die Wirksamkeit des Vertrages, welche in dem Falle des § 177 durch Genehmigung der beim Vertragsschluß vertretenen Partei, in den übrigen Fällen durch einen beim Vertragsschluß Unbeteiligten herbeigeführt wird. Wenn der Fall des § 95 HGB. bezüglich seiner Konstruktion den eben erwähnten Fällen des Bürgerlichen Gesetzbuchs an die Seite gestellt wird,[10]) so ist wie bei diesen ein fertiger Vertrag, der nur noch wirksam zu werden braucht, vorliegt, auch in jenem Falle das Vor-

[9]) Das HGB v. 10. 5. 1897 Bd. 1 S. 293 f.

[10]) Außer Düringer-Hachenburg tun dies Staub a. a. O. S. 403 und Behrend a. a. O. S. 377.

handensein eines Vertrages, in den der Dritte einzutreten hat, als Voraussetzung anzunehmen. Da nun Düringer-Hachenburg den Dritten als Vertragspartei ansehen, trotzdem er beim Abschluß des Vertrages gar nicht mitwirkt, so ist dies nur denkbar, wenn man den Makler als stellvertretenden negotiorum gestor des Dritten ansieht.[11]) Letzterer kann, wie auch Düringer-Hachenburg anerkennen, noch völlig unbestimmt sein. Die Vertretung einer unbestimmten Person beim Vertragsschluß ist aber unmöglich; denn die Wirkungen eines von einem Stellvertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäftes treten unmittelbar in der Person des Vertretenen ein; dies ist aber ausgeschlossen, wenn die Person des Vertretenen noch völlig unbestimmt ist, da in solchem Falle die gewollten Wirkungen niemand treffen, auch nicht etwa den Makler, der ja erkennbar nicht für sich gehandelt hat. Der von Düringer-Hachenburg eingenommene Standpunkt ist daher u. E. juristisch unhaltbar.

Das Reichsgericht[12]) hat bezüglich der Konstruktion des Geschäftes mit vorbehaltener Bezeichnung der Gegenpartei als am nächsten liegend bezeichnet, den Makler zugleich als Bevollmächtigten des die Schlußnote mit dem Vorbehaltsvermerk Annehmenden zum Vertragsschluß anzusehen. Vor Erlaß der Bestimmung des § 95 — das hier in Frage kommende Reichsgerichtserkenntnis rührt aus jener Zeit her — ließen sich außer dem Argument, daß sich die Annahme des Maklers als Bevollmächtigten über die Vermittlerrolle hinwegsetzt, irgend-

[11]) Den von Düringer-Hachenburg angenommenen Schwebezustand anders zu erklären, als damit, daß man dem Makler die Rolle eines stellvertretenden negotiorum gestor zuweist, ist wohl nicht möglich; s. auch Gutkind a. a. O. S. 46.

[12]) RG. Bd. 24 S. 69.

welche Bedenken gegen diese Konstruktion nicht geltend machen. Dagegen erscheint die Auffassung des Maklers als Bevollmächtigten nach der in § 95 getroffenen Regelung jenes Geschäftes nicht unbedenklich.[13]) Das Gesetz bindet nämlich denjenigen, welcher eine Schlußnote mit dem Vorbehaltsvermerk angenommen hat, an das Geschäft mit der Partei, welche ihm nachträglich, und zwar rechtzeitig „bezeichnet" wird. „Unterbleibt die Bezeichnung", so erlischt die Gebundenheit. Betrachtet man aber den Makler als Bevollmächtigten des die Schlußnote Annehmenden, so ist die Bindung des Auftraggebers schon in dem Augenblick, wo der Makler für ihn das Geschäft mit dem Dritten abgeschlossen hat, eine endgültige geworden, ganz unabhängig davon, wann die Aufgabe erfolgt, der in diesem Falle keine weitere Bedeutung als die der Benachrichtigung von dem Vertragsschluß beizumessen ist. Würde also der bevollmächtigte Makler die Namhaftmachung des Gegenkontrahenten seinem Auftraggeber gegenüber verspätet oder überhaupt nicht vornehmen, so wäre letzterer dennoch an den Vertrag, der ja bereits perfekt ist, gebunden, während nach dem Wortlaut des Gesetzes bei nicht rechtzeitiger Benennung der anderen Partei die Gebundenheit wieder erlischt. Gutkind, der ebenfalls den Makler als Bevollmächtigten auffaßt,[14]) muß selbst zugeben, daß die Bestimmung des § 95, wonach der Auftraggeber an das Geschäft mit der Partei gebunden ist, welche ihm nachträglich „bezeichnet"

---

[13]) Ebenso Lehmann-Ring a. a. O. S. 207 f.; a. A. Gutkind a. a. O. S. 57 ff., welcher den Makler als vom Auftraggeber bevollmächtigt ansieht, den in der Schlußnote verlautbarten Vertrag binnen angemessener (ortsüblicher) Frist mit einer Partei, gegen welche begründete Einwendungen nicht zu erheben sind, abzuschließen.

[14]) s. Anm. 13.

wird, es nahelegt, der Aufgabe eine andere Bedeutung als die einer bloßen Benachrichtigung vom Vertragsschluß beizumessen. Aber er meint, auf diesen Wortlaut sei wenig Gewicht zu legen; bei der Fassung des Paragraphen werde die Möglichkeit ganz außer acht gelassen sein, daß die Aufgabe unterlassen werde. Es läßt sich allerdings nicht leugnen, daß Fälle vorkommen, in denen eine Gesetzesbestimmung nicht in allen Teilen klar und genau gefaßt ist. Dabei handelt es sich vornehmlich um solche Fälle, in denen bei der parlamentarischen Beratung des Gesetzentwurfes an ihm Änderungen vorgenommen und dadurch Zusätze hineingebracht wurden, welche die ganze Bestimmung nicht mehr als aus einem Guß erscheinen lassen. Das ist aber hier ausgeschlossen, da feststeht, daß an dem vorgelegten Entwurf, soweit die hier in Betracht kommende Vorschrift des § 95 in Frage steht, nichts geändert worden ist; man darf daher aus dem Wortlaut unbedenklich die strikten Folgerungen ziehen. Wenn nun Gutkind dennoch nicht alle Teile des Wortlauts gleich wertet, indem er auf den einen weniger Gewicht legt als auf die übrigen, so liegt hierin für den Gesetzgeber der Vorwurf, bei der Festlegung des Wortlauts nicht korrekt verfahren zu sein. Aber gerade die entgegengesetzte Annahme ist begründet. Daß bei der Abfassung jener Bestimmung besonders sorgfältig zu Werke gegangen worden sein wird, ist um so mehr anzunehmen, als für deren Aufnahme im Handelsgesetzbuch hauptsächlich der Umstand bestimmend gewesen ist, daß „über die rechtliche Bedeutung des Vorbehalts der Aufgabe in Handelskreisen keine volle Klarheit bestand und auch die Gerichte in dieser Beziehung noch nicht zu festen Grundsätzen gelangt waren".[15]) Wenn also der Gesetzgeber eine Regelung

[15]) s. Denkschr. zum Entw. eines HGB. S. 76.

jenes Geschäftes gerade wegen der über seine rechtliche Bedeutung bestehenden Unklarheit für wünschenswert erachtete, so darf man deshalb um so mehr annehmen, daß er bei der Schaffung der fraglichen Bestimmung auch der Ausarbeitung des Wortlautes in besonderem Maße seine Aufmerksamkeit gewidmet hat.

Zur Widerlegung der weiteren Behauptung Gutkinds, bei der Fassung des Paragraphen werde die Möglichkeit, daß die Aufgabe unterlassen werde, ganz außer acht gelassen sein, genügt ein Hinweis auf den Abs. 3 des Paragraphen, der den Fall, daß die „Bezeichnung unterbleibt", besonders ins Auge faßt.

Die Auffassung der Aufgabe als einer bloßen Benachrichtigung vom Vertragsschluß wird von Gutkind selbst an einer späteren Stelle[16]) stark eingeschränkt; er sagt dort, daß die Benachrichtigung, um rechtzeitig zu erfolgen, innerhalb der Aufgabefrist nicht nur vom Makler abgesandt werden, sondern auch dem Auftraggeber zugehen müsse; denn da sie dazu bestimmt sei, für den Auftraggeber die Erklärung des Vertragswillens seitens der aufgegebenen Partei zu ersetzen, so sei die Vorschrift des § 130 BGB. analog anzuwenden. Gutkind erklärt also ausdrücklich, daß die Benachrichtigung der Ersatz einer Willenserklärung sei. Es ist aber nicht angängig, eine Willenserklärung — ein Rechtsgeschäft — durch eine bloß tatsächliche Mitteilung, auch wenn sich rechtliche Folgen an sie knüpfen, zu ersetzen.

Lassen sich nach dem Gesagten schon aus dem Wortlaut des Gesetzes Einwendungen gegen die Auffassung des Maklers als eines Bevollmächtigten erheben, so ist dieser Umstand doch nicht als allein ausschlaggebend für die

---

[16]) s. Gutkind a. a. O. S. 73.

Ablehnung jener Konstruktion zu erachten — wollte man dies tun, dann könnte mit Recht der Vorwurf, in dürre Wortinterpretation verfallen zu sein, erhoben werden —; vielmehr kommt als entscheidendes Argument für die Ablehnung jener Auffassung hinzu, daß sie sich über die Vermittlerrolle des Maklers unnötig[17]) hinwegsetzt, da ein anderer Weg, auf dem der Charakter des Maklers als eines Vermittlers gewahrt wird, gangbar ist. Eine Beschreibung dieses Weges wird im folgenden Paragraphen gegeben werden.

Zuvor sei noch ein weiterer Konstruktionsversuch, den Dernburg unternimmt,[18]) erwähnt. Seiner Ansicht nach liegt im § 95 ein Vertrag mit einem unbestimmten Dritten vor. Derartige Verträge kennt jedoch das Bürgerliche Gesetzbuch, wie Dernburg selbst zugibt, nicht. Dennoch hält er sie rechtlich für zulässig, und zwar aus dem Grunde, weil sie dem älteren deutschen Recht nicht fremd gewesen seien und dem Gesetz die Absicht, eine geschichtlich gebildete, den Verkehrsbedürfnissen entsprechende Form von Verträgen zu unterdrücken, nicht zu unterstellen sei; erkenne doch das Bürgerliche Gesetzbuch Verträge zugunsten noch unbestimmter Dritter an; es sei nur folgerecht, daß es auch Verträge mit unbestimmten Dritten zulasse.

Der Ansicht Dernburgs, daß nach dem geltenden Recht Verträge mit noch unbestimmten Dritten möglich sind, ist nicht beizutreten, wie auch seine zur Begründung jener Ansicht gemachten Ausführungen nicht als stichhaltig angesehen werden können. Dies gilt insbesondere

---

[17]) vgl das S. 41 f. Gesagte.

[18]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 194 f.; vgl. auch Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 2 S. 29.

von derjenigen Stelle seiner Darlegungen, wo er aus der Anerkennung der Verträge zugunsten Dritter die Zulässigkeit von Verträgen mit noch unbestimmten Dritten folgert. Nach der Vertragstheorie des Bürgerlichen Gesetzbuchs kommt ein Vertrag dadurch zustande, daß zwei oder mehrere Willenserklärungen sich zu einem einheitlichen Willen, dem Vertragswillen, zusammenschließen; der Vertrag setzt also begrifflich zwei bestimmte Rechtssubjekte notwendig voraus. Dieser Voraussetzung wird beim Vertrag zugunsten eines Dritten genügt; hier sind die beiden Vertragsparteien, welche eine Leistung zugunsten eines beim Vertragsschluß nicht beteiligten Dritten ausbedingen, vorhanden, während beim Vertrag mit einem unbestimmten Dritten der Dritte als Vertragsgegner noch gar nicht vorhanden ist, da er ja eine auf den Vertrag abzielende Willenserklärung — die Konsenserklärung — noch gar nicht abgegeben hat. Daher kann von einem Vertrag mit einem unbestimmten Dritten in dem Sinne, daß der Vertragsschluß sofort unmittelbar mit dem Dritten zustande kommt, schlechterdings nicht die Rede sein. Das hat auch Dernburg wohl erkannt. Nach seiner Schilderung von dem Zustandekommen eines Vertrages mit einem unbestimmten Dritten „nimmt ein Mittelsmann, z. B. ein Makler, den Vertrag gleichsam entgegen, um ihn dem von ihm bestimmten Dritten zu übermitteln.[19]) Doch, wie schon angedeutet und wie auch bereits von

[19]) s. Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 195. Im Preuß. PrivR. S. 29 spricht Dernburg von der Möglichkeit, „mit unbestimmten Gläubigern dadurch Verträge zu schließen, daß jemand an ihrer Statt annimmt. Ein solcher Mittelsmann nimmt das vom Schuldner angebotene obligatorische Band gleichsam entgegen und übermacht es dem von ihm bestimmten Gläubiger".

anderer Seite[20]) gesagt worden ist, liegt in dieser Darstellung „mehr eine Beschreibung der Erscheinung als eine Rechtfertigung und Zurückführung der aufgestellten Sätze auf allgemeinere Rechtsprinzipien". Dernburgs Worte lassen keineswegs klar erkennen, wie er den geschilderten Vorgang juristisch aufgefaßt hat, insbesondere lassen sie darüber nicht unbedenkliche Zweifel aufkommen, ob in jenem Vorgang überhaupt ein Vertrag mit einem unbestimmten Dritten erblickt werden kann.

Dagegen läßt uns in dieser Beziehung Sohm in seiner eingehenden Abhandlung „Über Vertragsschluß unter Abwesenden und Vertragsschluß mit einer persona incerta"[21]) ein klares Bild seiner Auffassung vom Vertragsschluß mit einer unbestimmten Person gewinnen. Sohm sagt dort, daß bei einem Vertragsschluß mit einer unbestimmten Person nur die Vertragsofferte ad incertam personam gerichtet sei, das fertige Rechtsgeschäft hingegen stets mit einer persona certa zustande komme. Dann aber liegt ein Vertragsschluß mit einem unbestimmten Dritten gar nicht vor,[22]) sondern lediglich eine Vertragsofferte an einen unbestimmten Dritten.

Auf diese Auffassung der durch die Annahme einer

---

[20]) s. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte S. 245.

[21]) s. Goldschmidts Zeitschr. Bd. 17 S 16ff. Sohm versucht in dieser Abhandlung für das römische Recht im Gegensatz zu der damals herrschenden Lehre, die einen Vertragsschluß mit einer unbestimmten Person nicht anerkannte, die Möglichkeit eines solchen Vertrages darzulegen.

[22]) Sohm selbst bezeichnet den Ausdruck „Vertragsschluß mit einer incerta persona" als ungenau (s. a. a. O. S. 62), deshalb sollte, wie Hellwig a. a. O. S. 243 nicht mit Unrecht bemerkt, dieser Ausdruck vermieden werden.

Schlußnote mit dem Vorbehaltsvermerk geschaffenen Rechtslage läuft eine der verschiedenen vom Reichsgericht[23]) als möglich erwähnten Konstruktionen hinaus, nach welcher die in der Annahme der Schlußnote liegende „Willenserklärung des Verkäufers[24]) als eine direkt an die Person des Käufers gerichtete Erklärung eines perfekten Vertragswillens zu betrachten ist". Das Reichsgericht begnügt sich jedoch mit dem bloßen Hinweis auf die verschiedenen an sich möglichen Konstruktionen, ohne auf sie näher einzugehen.[25]) Da die zuletzt erwähnte Konstruktion auf einen Weg hinweist, der zu einer befriedigenden Erklärung der Gebundenheit zu führen scheint, so wollen wir diesen Weg weiter verfolgen.

§ 6.

Eigene Konstruktion.

Nach der am Ende des vorigen Paragraphen erwähnten Auffassung stellt die Partei, welche eine Schlußnote mit dem Vorbehaltsvermerk annimmt, mit der Annahme dieser Schlußnote unter Benutzung des Maklers als Boten eine Offerte an die aufzugebende Partei. Daß letztere im Augenblick der Annahme der Schlußnote seitens der ersten Partei regelmäßig noch völlig unbestimmt ist,[1]) steht der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen; denn eine Offerte an eine unbestimmte Person ist möglich; sie muß nur, um rechtsgültig zu sein, „durch ihren eigenen Inhalt die Tatsachen an die Hand geben,

---

[23]) RG. Bd. 20 S. 37, Bd. 24 S. 69.

[24]) In dem Falle, der dem Reichsgericht zur Entscheidung vorlag, handelte es sich um einen Kaufvertrag, bei dem der Käufer unbestimmt war.

[25]) Eine dieser Konstruktionen ist bereits erwähnt worden (s. S. 50).

[1]) s. oben S. 40.

durch welche die incerta persona in eine certa sich verwandelt".[2]) Dem Erfordernis der Bestimmtheit des Antragsempfängers ist dann genügt, wenn eine bestimmte Art der Annahmehandlung vom Offerenten vorgezeichnet ist. Geschieht die Annahme in dieser Art, so wird derjenige, der sie vollzieht, der Antragsempfänger. In unserem Falle liegt die Vorzeichnung einer bestimmten Art der Annahmehandlung darin, daß nur derjenige als Antragsempfänger in Betracht kommt, den der Makler bei seiner Vermittlertätigkeit ausfindig macht, und der ihm seine Bereitwilligkeit, das angetragene Geschäft einzugehen, erklärt.

Die in der Annahme der Schlußnote liegende Offerterklärung ist rechtlich eine Willenserklärung, und zwar, da sie einem anderen gegenüber abzugeben ist, eine sogen. „empfangsbedürftige" Willenserklärung, d. h. es genügt nicht die bloße Willens*äußerung*, sondern diese muß, um wirksam zu werden, dem anderen *zugehen*; erst in dem Zeitpunkt, in welchem sie ihm zugeht, wird sie perfekt;[3]) bis dahin kann die an und für sich rechtsgültige, aber noch nicht wirksame Willenserklärung widerrufen werden, so daß sie überhaupt nicht wirksam wird. Die Offerterklärung wird also perfekt, wenn sie dem Antragsempfänger zugeht; erst mit diesem Zeitpunkt tritt auch die Wirkung des Vertragsantrags, nämlich die Gebundenheit des Antragenden[4]) ein. Danach liegt in unserem

---

[2]) s. hierzu und auch zum folgenden *Sohm* a. a. O. S. 47 ff.; vgl. ferner *Dernburg*, Preuß. PrivR. S. 29 Note 1; *Ehrenzweig* a. a. O. S. 14; *Planck*, BGB. Bd. 1 Anm. 1 zu § 145 S. 261: „Auch ein Antrag an eine incerta persona ist, wenn er der genügenden Bestimmtheit nicht entbehrt, zulässig".

[3]) vgl. § 130 BGB.

[4]) vgl. § 145 BGB.

Falle in der Annahme der Schlußnote mit dem Vorbehaltsvermerk nicht schon ein perfekter Vertragsantrag, sondern lediglich die Äußerung eines auf die Offerterklärung gerichteten Willens, die sich erst in dem Augenblick vollendet, in welchem sie der aufzugebenden Partei zugeht. Daraus folgt, daß die erste Partei — also diejenige, welche die den Vorbehaltsvermerk enthaltende Schlußnote angenommen hat — bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Makler als der Überbringer der Antragserklärung diese einem bestimmten Adressaten hat zugehen lassen, die Offerterklärung widerrufen kann, so daß eine Gebundenheit der ersten Partei bis zu jenem Zeitpunkt nicht vorhanden ist. Sie tritt erst in dem Augenblick ein, in welchem die Antragserklärung dadurch, daß sie dem Dritten zugeht, wirksam wird. Die so begründete Gebundenheit ist aber keine immerwährende, sondern eine zeitlich begrenzte, und zwar fällt, wie gleich näher dargetan wird, das Ende der Gebundenheitsfrist mit dem Ende derjenigen Frist zusammen, innerhalb welcher die Bezeichnung der anderen Partei zu erfolgen hat.[5])

Nimmt der Dritte den ihm durch den Makler erklärten Vertragsantrag der ersten Partei an, dann ist der Vertrag mit der Annahme des Antrags geschlossen. Wollen wir den Zeitpunkt des Vertragsschlusses feststellen, so müssen wir, da der Vertrag mit der Annahme des Antrages perfekt wird, untersuchen, wann die Annahme erklärt ist. Es handelt sich hier, genau so wie bei der Offerterklärung, um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, so daß wir uns auf die bezüglich ihres Wirksamwerdens oben gemachten Ausführungen beziehen können. Wir haben gesehen, daß eine derartige Willens-

[5]) vgl. § 95 Abs. 2 HGB.

erklärung erst in dem Zeitpunkte wirksam wird, in dem sie demjenigen, welchem gegenüber sie abzugeben ist, zugeht. Da nach der hier vertretenen Auffassung der Makler nicht als Bevollmächtigter der einen Partei zum Vertragsschluß, sondern nur als Überbringer der Offerterklärung angesehen werden soll, so kommt hier die erste Partei, nicht etwa der Makler, als Adressat der Annahmeerklärung in Betracht, oder mit anderen Worten, der Annahmeakt ist erst vollendet, wenn die Annahmeerklärung der ersten Partei zugeht, und nicht schon in dem Augenblick, in welchem der Makler sie entgegennimmt; denn der Makler versieht auch in dieser Hinsicht wie bei der Überbringung der Offerterklärung lediglich eine botenähnliche Funktion. Das Zugehen der Annahmeerklärung ist identisch mit der „Bezeichnung der anderen Partei"; da diese nach der Bestimmung des § 95 Abs. 2 HGB. „innerhalb der ortsüblichen Frist, in Ermanglung einer solchen innerhalb einer den Umständen nach angemessenen Frist zu erfolgen hat", so muß auch die Annahmeerklärung spätestens bis zum Ablauf dieser Frist der ersten Partei zugegangen sein; anderenfalls ist sie nicht rechtzeitig geschehen, was gemäß § 146 BGB. das Erlöschen des Antrags und mit ihm das der an ihn geknüpften Gebundenheit zur Folge hat. Es fällt also, wie bereits oben hervorgehoben wurde, das Ende der Gebundenheitsfrist mit dem Ende der für die Bezeichnung der anderen Partei gesetzten Frist zusammen.

Außer der nicht rechtzeitigen Annahme kennt das Gesetz[6]) als Erlöschungsgrund eines Vertragsantrags noch dessen Ablehnung dem Antragenden gegenüber. An und für sich ist auch in dem hier behandelten Falle die

[6]) s. § 146 BGB.

Ablehnung der Offerte von seiten des Dritten möglich, doch wird es hier selten dazu kommen. Wenn eine Partei eine Schlußnote, in der sich der Makler die Aufgabe der anderen Partei, beispielsweise des Käufers, vorbehalten hat, annimmt, dann wird der Makler nicht sogleich als Bote der in der Annahme der Schlußnote liegenden, ihm zur Übermittlung anvertrauten Offerte tätig werden, sondern zunächst in Ausübung seiner Vermittlerfunktion einen geeigneten Gegenkontrahenten suchen, indem er in erster Linie bei denjenigen anfragt, bei denen er Interesse für das abzuschließende Geschäft vermutet. Wenn er hierbei auch von mehreren Personen abgewiesen werden sollte, so liegt darin, da er vorläufig nur als Vermittler tätig ist, noch keine Ablehnung der Offerte,[7]) die er sehr wahrscheinlich als solche noch gar nicht erwähnt hat; dies wird er vielmehr regelmäßig erst dann tun, wenn er einen einwandfreien Gegenkontrahenten gefunden zu haben glaubt.

Der Inhalt der Offerte, von der bisher die Rede war, wird durch den Inhalt der Schlußnote mit dem Vorbehaltsvermerk bestimmt; das bedarf keiner weiteren Ausführung, denn es ist selbstverständlich, daß die erste Partei, welche jene Schlußnote angenommen hat, nur an das Geschäft als gebunden erachtet werden kann, welches genau so zustande kommt, wie es in jener Schlußnote verlautbart ist. Zu diesem Inhalt der Offerte kommt

[7]) Wie Gutkind meint (s. a. a. O. S. 57); er führt u. a. als Grund gegen die Auffassung des Maklers als Boten an, daß ein Bote die ihm anvertraute Offerte stets nur einmal stellen könne, da ein Vertragsantrag mit der Ablehnung erlösche, daß es aber für die Gebundenheit des Auftraggebers nach § 95 vollkommen gleichgültig sei, ob der Makler, ehe er in der aufgegebenen Partei einen Akzeptanten für seine Offerte gefunden habe, von anderen Personen damit abgewiesen sei.

noch ein gesetzliches Rücktrittsrecht für die erste Partei hinzu. § 95 bestimmt nämlich, daß derjenige, welcher eine Schlußnote mit dem Vorbehalt annimmt, an das Geschäft nicht gebunden ist, wenn gegen die aufgegebene Partei begründete Einwendungen zu erheben sind „und, wie den Gesetzesworten unbedenklich hinzuzufügen ist, erhoben werden".[8]) Durch diese Bestimmung gewährt das Gesetz der ersten Partei für den Fall, daß die bezeichnete Partei nicht einwandfrei ist, ein Rücktrittsrecht, auf das die Vorschriften der §§ 346 ff. BGB. Anwendung finden. Nach § 349 erfolgt der Rücktritt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile. Will also die eine Partei, falls gegen den aufgegebenen Kontrahenten ein triftiger Grund zur Ablehnung vorliegt, an das Geschäft nicht länger gebunden sein, so muß sie ihm gegenüber den Rücktritt erklären; geschieht dies nicht, und zwar nicht unverzüglich, dann ist ihr Einverständnis mit dem bezeichneten Gegenkontrahenten anzunehmen;[9]) auf alle Fälle ist, nachdem die nicht einwandfreie Partei ihrerseits den Vertrag erfüllt hat, hier der Rücktritt als gegenstandslos nicht mehr für zulässig zu erachten. Wird der Rücktritt erklärt, so hat dies nur zur Folge, daß die aus dem Vertrage entspringenden Verpflichtungen durch Einrede entkräftet, aber nicht von Rechts wegen aufgehoben werden;[10]) denn der Rücktritt bewirkt nicht die Aufhebung des Vertrages, sondern gibt nach § 346 BGB. jeder Partei der anderen gegenüber nur einen persönlichen Anspruch auf Rückgewähr der empfangenen Leistungen.

[8]) So bemerkt Staub (a. a. O. S. 403), und zwar mit Recht, wie aus der weiteren Darstellung erhellt.

[9]) Ebenso Staub a. a. O. S. 403; Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 295; s. auch Lehmann-Ring a. a. O. S. 208.

[10]) s. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 268.

Auf den Fall des § 95 angewendet, bedeutet die Wirkung des Rücktritts das Erlöschen der Gebundenheit.

Was „begründete Einwendungen" sind, ist keine Rechtsfrage, sondern eine Tatfrage, über die der Richter im Einzelfalle zu befinden hat und worauf in dieser Darstellung, die sich die Untersuchung der rechtlichen Seite des im § 95 HGB. geregelten Geschäftes zum Ziele gesetzt hat, nicht näher eingegangen werden kann. Es sei nur auf ein Reichsgerichtserkenntnis hingewiesen, in dem ausgesprochen wird, daß die aufzugebende Partei eine solche sein muß, „gegen die sich weder hinsichtlich ihrer Solvenz, noch sonstige Einwendungen erheben lassen, die unter den Gesichtspunkt einer exceptio doli in weiterem Sinne fallen".[11])

Fassen wir das Ergebnis der bisherigen Untersuchungen kurz zusammen, so ergibt sich zur Erklärung der Gebundenheit des eine Schlußnote mit dem Vorbehaltsvermerk Annehmenden folgende Konstruktion:

In der Annahme der Schlußnote mit dem Vorbehalt liegt eine befristete Offerte des die Schlußnote Annehmenden an die zu bezeichnende Gegenpartei unter Benutzung des Maklers als Boten. Inhalt der Offerte ist das in der Schlußnote verlautbarte Geschäft verbunden mit einem gesetzlichen Rücktrittsrecht für den Fall, daß gegen die aufgegebene Partei Einwendungen zu erheben sind.

Die Gebundenheit beginnt mit dem Augenblick der Offertübermittlung an die andere Partei durch den Makler und charakterisiert sich in diesem Stadium als die Gebundenheit des Antragstellers an seinen Antrag; mit

---

[11]) RG. Bd. 24 S. 70; vgl. auch Staub a. a. O. S. 402f.; Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 294f.; Goldmann a. a. O. S. 447.

der rechtzeitigen Annahme der Offerte wird der Vertrag perfekt und die Gebundenheit bedeutet rechtlich nunmehr die mit dem Vertragsschluß begründete Verpflichtung, den Vertrag zu erfüllen. Kommt der Vertrag dadurch, daß die Annahme unterbleibt oder verspätet zugeht, nicht zustande, dann ist mit dem Ablauf der Frist, innerhalb welcher die Annahme zu erfolgen hat, die Offerte und mit ihr die Gebundenheit erloschen.

§ 7.

B. Der Selbsteintritt des Maklers.

§ 95 gibt im Abs. 3 der Partei, welche eine Schlußnote mit dem Vorbehalt der Aufgabe angenommen hat, das Recht, falls die Aufgabe unterbleibt oder gegen die bezeichnete Person oder Firma begründete Einwendungen zu erheben sind, den Makler auf die Erfüllung des Geschäfts in Anspruch zu nehmen. Danach besteht also für den Makler eine Selbsteintrittspflicht; ein Recht zum Selbsteintritt hat er jedoch nicht.

Cosack[1]) und Staub[2]) vergleichen die Selbsteintrittspflicht des Maklers mit der in § 384 Abs. 3 HGB. statuierten Haftung des Kommissionärs für die Erfüllung des aufgetragenen Geschäfts. Ein solcher Vergleich ist jedoch rechtlich nicht haltbar, da zwischen diesen beiden Fällen ein wesentlicher Unterschied besteht: § 384 Abs. 3 setzt die Haftung des Kommissionärs dem Kommittenten gegenüber für den Fall fest, daß er ihm nicht zugleich mit der Anzeige von der Ausführung der Kommission den Dritten namhaft macht, mit dem er das Geschäft

[1]) a. a. O. S. 206.
[2]) a. a. O. S. 403.

abgeschlossen hat. Die Haftung des Kommissionärs stellt also eine gesetzliche Delkrederehaftung dar, d. h. sie setzt die Haftung eines Dritten, nämlich desjenigen, mit dem der Kommissionär tatsächlich abgeschlossen hat, voraus. Der Charakter als Delkrederehaftung bleibt auch dann gewahrt, wenn der Kommissionär das Geschäft überhaupt nicht mit einem Dritten abgeschlossen hat. Denn nach § 405 HGB. gilt, wenn der Kommissionär eine nicht erschöpfende Ausführungsanzeige gemacht hat, insbesondere nicht ausdrücklich bemerkt hat, selbst eintreten zu wollen, diese Anzeige als Erklärung, daß die Ausführung durch Abschluß des Geschäfts mit einem Dritten erfolgt sei. Das Gesetz fingiert also den Abschluß des Geschäfts mit dem Dritten, für dessen Erfüllung der Kommissionär haftet. Dagegen spricht § 95 von einer „Haftung" des Maklers überhaupt nicht, und zwar weder von einer selbstschuldnerischen noch von einer Delkrederehaftung; von einer solchen kann auch gar keine Rede sein; denn eine Verpflichtung eines Dritten, für die der Makler haften könnte, ist nicht vorhanden — die Möglichkeit, den Makler auf die Erfüllung in Anspruch zu nehmen, ist ja erst gegeben, wenn infolge Unterbleibens der Aufgabe einer Gegenpartei ein Vertrag überhaupt nicht zustande gekommen ist, oder wenn der Vertrag zwar perfekt geworden ist, aber die aus ihm entspringenden Verpflichtungen durch Einrede entkräftbar sind —, noch übernimmt der Makler selbst irgendeine Verpflichtung wie etwa diejenige, das Geschäft mit einem geeigneten Gegenkontrahenten zustande zu bringen.

Die Selbsteintrittspflicht beruht auch nicht auf einem „sei es tatsächlich abgeschlossenen, sei es vom Gesetze subintellegierten Vertrage".[3]) Eine solche Konstruktion ist

[3]) s. Gutkind a. a. O. S. 33.

zwar an und für sich juristisch möglich, sie führt aber, wie der von Gutkind unternommene Versuch zeigt,[4]) zu einem wenig befriedigenden Ergebnis. Überhaupt wird jeder Versuch, der es unternimmt, alle Einzelbestimmungen des § 95 in der juristischen Konstruktion zu einer organischen Einheit zu vereinigen, unbefriedigend ausfallen.

Vielmehr dürfte die im Abs. 3 des § 95 zugunsten der ersten Partei gegebene Selbsteintrittspflicht des Maklers lediglich als Korrelat zu der im Abs. 1 bestimmten Gebundenheit aufzufassen sein. Wie die Partei, welche eine mit dem Vorbehalt versehene Schlußnote angenommen hat, in der Erwartung des Zustandekommens des Geschäftes sich an dieses für gebunden erklärt, so soll ihr, falls es nicht zum Abschluß des Geschäftes kommt, die Möglichkeit offenstehen, ihr Erfüllungsinteresse geltend zu machen. Deshalb erklärt § 95 Abs. 3 die Partei für befugt, den Makler auf die Erfüllung des Geschäfts in Anspruch zu nehmen. Die Geltendmachung dieses Rechts muß durch Erklärung dem Makler gegenüber geschehen; eine bestimmte Frist, innerhalb deren diese Erklärung abgegeben werden muß, bestimmt das Gesetz nicht. Um jedoch ein Spekulieren der einen Partei auf Kosten des Maklers zu verhüten, kann letzterer die Partei zur Erklärung darüber auffordern, ob sie Erfüllung verlange; erfolgt daraufhin nicht unverzüglich die Erklärung, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen.

---

[4]) Er konstruiert die Selbsteintrittspflicht folgendermaßen: Durch die Annahme einer Schlußnote „an Aufgabe" schließe der Annehmende mit dem Makler den in der Schlußnote verlautbarten Vertrag ab unter den beiden Suspensivbedingungen, daß nicht ein anderer Vertrag gleichen Inhalts zustande komme und daß der Auftraggeber die Wirksamkeit des Vertrages in diesem Falle wollen werde (S. 59 f.).

§ 8.

Anhang. Abweichungen vom Regelfall.

Vielfach ergeben sich vom Regelfalle, welcher der im § 6 versuchten Konstruktion der Gebundenheit zugrunde gelegt ist, Abweichungen, von denen wir im folgenden die wichtigsten kurz besprechen wollen.

Wie bereits erwähnt,[1]) findet der Makler nicht immer einen Kontrahenten, der das Geschäft zu dem von der ersten Partei aufgegebenen, sondern zu einem für diesen ungünstigeren Kurse abschließen will. In diesem Falle liegt eine Annahme der von der ersten Partei gestellten Offerte unter einer Änderung vor; dies gilt nach § 150 Abs. 2 BGB. als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrage. Mit der Ablehnung ist der Vertragsantrag und damit auch die Gebundenheit der ersten Partei erloschen, in deren freiem Belieben es steht, die neue Offerte anzunehmen oder abzulehnen. Meistens kommt es jedoch auf ihrer Grundlage zum Abschluß des Geschäftes, da ein der ersten Partei etwa entstehender Verlust ihr vom Makler ersetzt wird, während andererseits der Makler, falls es ihm gelingt, das Geschäft zu einem günstigeren Kurse zu realisieren, den Gewinn bezieht.

Sodann wird zuweilen eine bestimmte Eigenschaft des Gegenkontrahenten bedungen, z. B. daß der Verkäufer Prima-Ablader sei.[2]) Die Konstruktion dieses Falles stimmt im wesentlichen mit der für den Regelfall versuchten überein; der einzige Unterschied besteht darin, daß die erste Partei nicht nur dann zum Rücktritt berechtigt ist, wenn gegen die aufgegebene Partei „begründete Ein-

[1]) s. oben S. 37.

[2]) RG. Bd. 33 S. 133, Bd. 35 S. 106, Bd. 38 S. 188.

wendungen" zu erheben sind, sondern sich auch für den Fall den Rücktritt vorbehält, daß der bezeichnete Gegenkontrahent nicht die bedungene Eigenschaft besitzt. Um einen bedingten Vertragsschluß[3]) kann es sich nach der hier versuchten Konstruktion, die das Geschäft erst mit der Bezeichnung der Gegenpartei perfekt werden läßt, deshalb nicht handeln, weil beim Abschluß des Vertrags der Umstand, von dessen Eintritt die Wirksamkeit des Geschäftes abhängig gemacht ist, nämlich die Eigenschaft der Partei, bereits vorhanden ist, während beim bedingten Vertragsschluß jener Umstand, um eine „Bedingung" zu sein, beim Abschluß des Rechtsgeschäftes noch ungewiß sein und in der Zukunft liegen muß.

Ferner ist der Fall denkbar, daß der Nehmer der mit dem Vorbehaltsvermerk versehenen Schlußnote von vornherein erklärt, bestimmte Personen als Gegenkontrahenten nicht annehmen zu wollen. Diese Personen sollen also als Antragsempfänger nach dem Willen des Antragenden nicht in Betracht kommen. Übermittelt der Makler trotzdem die Offerte der ersten Partei an eine von diesen Personen, so kommt der Vertrag mit der Annahme der Offerte dennoch zustande; die erste Partei kann aber nach § 120 BGB. die Offerterklärung anfechten; tut sie dies, so ist der Vertragsantrag als von Anfang an nichtig und damit der Vertrag als nicht geschlossen anzusehen.[4]) Der als Gegenkontrahent bezeichneten Partei hat die erste Partei gemäß § 122 BGB. das sogen. negative Vertragsinteresse zu ersetzen, während sie ihrerseits Regreß an dem Makler auf Grund des § 98 HGB. nehmen kann.

[3]) vgl. die in Anm. 2 angeführten Reichsgerichtserkenntnisse.
[4]) § 142 Abs. 1 BGB.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.